



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**Facultad de Derecho**

**Junio 2016**

**DESPIDO DE UN TRABAJADOR Y ACTUACIÓN  
DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO**

**AUTORA: Laura Crego Fraguela.**

**TUTOR: Alberto Arufe Varela.**

**FIRMA DEL TUTOR:**

## ÍNDICE:

<b>I. ANTECEDENTES.....</b>	<b>4</b>
<b>II. CUESTIONES.....</b>	<b>5</b>
<b>III. ABREVIATURAS: .....</b>	<b>6</b>
<b>IV. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>V. VALORACIÓN JURÍDICA: .....</b>	<b>10</b>
<b>1. Acciones laborales que puede llevar a cabo el trabajador: .....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 Acción de despido:.....</b>	<b>10</b>
<b>1.1.1 Nulidad del despido por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): garantía de indemnidad:.....</b>	<b>12</b>
<b>1.1.2 Improcedencia del despido:.....</b>	<b>16</b>
<b>1.1.3 Plazo para el ejercicio de la acción:.....</b>	<b>16</b>
<b>1.2 La conciliación o mediación previas:.....</b>	<b>17</b>
<b>1.3 Posible acumulación de acciones: .....</b>	<b>18</b>
<b>2. Responsabilidades que podrían derivarse para el empresario de la situación de D. Alberto Pérez Domingo: .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1 Infracción cometida por el empresario: .....</b>	<b>20</b>
<b>2.2 Sanciones que se derivan de la infracción cometida por el empresario:.....</b>	<b>22</b>
<b>3. Iter procedimental respecto de la actuación de la Inspección de Trabajo en ambas situaciones: .....</b>	<b>23</b>
<b>3.1 Primera fase, previa al procedimiento sancionador: .....</b>	<b>24</b>
<b>3.2 Procedimiento administrativo sancionador:.....</b>	<b>25</b>
<b>3.2.1 Iniciación: .....</b>	<b>25</b>
<b>3.2.2 Tramitación y alegaciones: .....</b>	<b>26</b>
<b>3.2.3 Resolución: .....</b>	<b>28</b>
<b>3.2.4 Actas conjuntas de infracción y liquidación: .....</b>	<b>30</b>
<b>4. Consecuencias que procederían de la actuación de la Inspección de Trabajo:.....</b>	<b>31</b>
<b>4.1 Situación laboral de D. Francisco:.....</b>	<b>31</b>
<b>4.2. Situación laboral de D. Alberto: .....</b>	<b>35</b>
<b>4.3. Incumplimiento de las condiciones de seguridad e higiene precisas para las obras: .....</b>	<b>35</b>
<b>5. Defensa del empresario frente a una eventual sanción administrativo-laboral: .....</b>	<b>38</b>
<b>5.1 Alegaciones previas a la resolución del procedimiento sancionador: .....</b>	<b>38</b>
<b>5.2. Recurso de alzada: .....</b>	<b>38</b>

5.3 Interposición de demanda ante el Juzgado de lo Social: .....	40
<b>VI. CONCLUSIONES FINALES: .....</b>	<b>43</b>
<b>VII.BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES:</b>	
45	
1. Bibliografía: .....	45
2. Fuentes Normativas: .....	45
3. Fuentes Jurisprudenciales: .....	47

## **I. ANTECEDENTES.**

Don Francisco González Martínez es un trabajador de Construnova S.A., una empresa dedicada tanto a la construcción, como a la rehabilitación y reformas de inmuebles localizados fundamentalmente en la Comunidad Autónoma de Galicia.

D. Francisco, trabajador de treinta años y con experiencia en el sector de la construcción, firmó su contrato el día seis de diciembre de 2013, en las oficinas situadas en la sede principal de la empresa, en la ciudad de A Coruña. Se trataba de un contrato de carácter indefinido, con una serie de cláusulas, entre las cuales figuraba tanto su horario -cuarenta horas semanales-, como la retribución correspondiente al trabajo que iba a desempeñar dentro de la mencionada empresa -1.645 euros mensuales-.

En ese momento, acceder al puesto ofertado suponía una oportunidad inmejorable para Francisco, dado que estaba en el paro desde hacía unos años. Por ello, no dudó en aceptar la oportunidad que se presentaba ante él y comenzó a trabajar al día siguiente de la mencionada firma.

Sin embargo, tras unos meses trabajando en Construnova S.A., el horario de D. Paco no se correspondía con el establecido en el contrato que había firmado, ya que, en lugar de trabajar las horas fijadas, realizaba jornadas semanales de más de cuarenta horas; horas que ni le eran retribuidas ni cotizaban en la Seguridad Social. Asimismo, tampoco disfrutaba de los descansos que deberían serle asignados.

Por si esta situación no fuese de agrado para el trabajador, su jefe y dueño de la sociedad, D. Fernando Pérez Hernández, de sesenta y tres años, lo trata de manera vejatoria, lo amenaza y hace que Paco trabaje bajo coacción.

Como consecuencia de esta situación, D. Francisco ha sufrido lesiones de carácter psicológico, lo que tuvo como principal efecto la visita, el tres de mayo, a un médico quien, sin dudar, le diagnostica la baja, con el correspondiente informe médico. En dicho informe se alude principalmente al estado de estrés al que está sometido el trabajador, la depresión en la que está inmerso, así como ciertos problemas fisiológicos derivados de las previas situaciones mencionadas (indigestión, trastorno del sueño).

Ante este escenario, el trabajador decide denunciar su caso ante la Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social, siguiendo el procedimiento establecido para ello, el día veinticuatro de mayo de 2014.

D. Fernando, en el momento en el que tiene conocimiento de la acción llevada a cabo por su trabajador decide inmediatamente despedirlo -el día veintisiete de mayo de 2014-.

Por su parte y como consecuencia de la denuncia realizada por D. Francisco, un inspector acude a realizar la visita correspondiente al lugar donde se desarrollan los actos denunciados por el trabajador. Una vez allí y mientras se realizan las acciones correspondientes de revisión por parte de la Inspección, descubren que además de las circunstancias expresadas por D. Paco, hay otro trabajador, D. Alberto Pérez Domingo, de veinte años, que no está dado de alta en el oportuno régimen de la Seguridad Social.

Asimismo, y tras la evaluación del lugar de trabajo, los inspectores aprecian que las condiciones de seguridad e higiene precisas para las obras, no se cumplen de ninguna manera.

## **II. CUESTIONES.**

1. ¿Qué acciones laborales puede ejercitar el trabajador despedido? ¿Cómo argumentaría dichas acciones?
2. ¿Qué responsabilidades para el empresario podrían derivarse de la situación del trabajador Don Alberto Pérez Domingo?
3. Reproduzca el iter procedimental respecto de la actuación de la Inspección de Trabajo en ambas situaciones.
4. Razone cuáles serían las consecuencias que procederían de la actuación de la Inspección de Trabajo.
5. Una vez planteada la situación, indique qué defensa podría actuar el empresario frente a una eventual sanción administrativo-laboral. Justifíquelo.

### **III. ABREVIATURAS:**

Art: Artículo.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CP: Código Penal.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

F.J: Fundamento Jurídico.

IMAC: Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

ITSS: Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LGSS: Ley General de la Seguridad Social.

LISOS: Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

MF: Ministerio Fiscal.

Nº: Número.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

Pág: Página.

RD: Real Decreto.

RDL: Real Decreto Legislativo.

S.A: Sociedad Anónima.

S.L: Sociedad Limitada.

SMAC: Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación

SS: Seguridad Social.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

#### IV. INTRODUCCIÓN.

La extinción de la relación laboral existente entre el trabajador y empresario puede deberse a: a) la resolución del contrato por voluntad del trabajador, b) resolución del contrato por decisión unilateral del empresario y c) existencia de mutuo acuerdo entre ambos.

Otros supuestos serían extinción del contrato por muerte, jubilación e invalidez del trabajador o extinción del mismo por muerte, jubilación, incapacidad o extinción de la personalidad jurídica del empresario. Finalmente cabe mencionar la expiración del tiempo convenido en el contrato.<sup>1</sup>

Por lo que respecta a la extinción por voluntad del trabajador, el art. 49.1.d) del ET, (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RDL 1/1995, de 24 de marzo), dispone que el contrato se extinguirá por *“Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar”*. Es decir, por una dimisión con preaviso y otra sin preaviso, también conocida como abandono.

A continuación el art. 50.1 del ET enumera aquellas causas que se consideran “justas” para que el trabajador solicite la extinción del contrato de trabajo:

*1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:*

*a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.*

*b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.*

*c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.*

Aquí la causa de extinción es la voluntad del trabajador, pero fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario. Es necesario que se prueben los perjuicios sufridos por parte del trabajador en la formación profesional y menoscabo de la dignidad, sin que sea posible la presunción de los mismos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase el art.49 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, 24 de marzo (derogado). Actualmente está vigente el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; sin embargo, considero que es de aplicación el primero, porque en el momento en el acontecen los hechos de este supuesto era la normativa vigente y aplicable.

<sup>2</sup> ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo Tomo II. Contrato Individual*, 5ª ed., Tirant lo Blanch (Valencia, 2003), pág. 562.

El art. 50 al hablar de falta de pago, hace referencia al impago de salario a efectos legales, es decir, salario base o complementos salariales incluyendo el salario en especie<sup>3</sup>.

Cabe hacer especial mención a la extinción del contrato por voluntad unilateral del empresario, también denominada despido, y que es objeto del presente caso.

Según la mayoría de la doctrina, el despido comprende toda extinción del contrato de trabajo que tenga su origen en la voluntad unilateral del empresario<sup>4</sup>. Es decir, se incluyen todos aquellos supuestos que se deriven de la voluntad del empresario.

Por otro lado, el Convenio número 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador acoge un concepto amplio del despido, al hablar en su art. 3 de “terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador”<sup>5</sup>.

La reforma estatutaria llevada a cabo en 1994<sup>6</sup> seguirá la línea marcada por dicho Convenio. El texto de 1980 asociaba el término despido con un incumplimiento grave y culpable del trabajador<sup>7</sup>, pero con la reforma del 94 el despido se concibe como todo acto unilateral, en virtud del cual el empresario lleva a cabo la extinción de la relación jurídica de trabajo<sup>8</sup>.

El despido se entenderá producido desde que dejan de realizarse las prestaciones esenciales del contrato de trabajo: realización de la actividad laboral y abono de los salarios. Sin embargo, es importante matizar que el empresario a la hora de ejercitar esta facultad, deberá apoyarse en una causa.

La causa que lleva al empresario a extinguir la relación laboral, permite al mismo tiempo distinguir los dos grandes tipos de despido que regula el ET: **despido colectivo** y **despido individual**. Este último, a su vez tiene dos modalidades; primera, **despido disciplinario**<sup>9</sup>, si la causa es la conducta del trabajador (causa subjetiva); segunda, **el**

---

<sup>3</sup> ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo Tomo II. Contrato Individual*, 5ª ed., Tirant lo Blanch (Valencia, 2003), pág. 563.

<sup>4</sup> ALEGRE NUEVO, M., *La impugnación del despido*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007), pág. 21.

<sup>5</sup> Art. 3: *A los efectos del presente Convenio, las expresiones **terminación** y **terminación de la relación de trabajo** significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.*

<sup>6</sup> Reforma operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

<sup>7</sup> Art. 54.1 del ET: 1. “*El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”.

<sup>8</sup> ALEGRE NUEVO, M., *La impugnación del despido*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007), pág.25.

<sup>9</sup> Art. 54 del ET:

1. *El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.*
2. *Se considerarán incumplimientos contractuales:*
  - a. *Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.*
  - b. *La indisciplina o desobediencia en el trabajo.*
  - c. *Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.*
  - d. *La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.*
  - e. *La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.*
  - f. *La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.*



**despido por causas objetivas**<sup>10</sup>, cuando la causa que extingue la relación contractual tiene relación con las necesidades de la empresa o capacidad del trabajador.

En caso de que el trabajador no esté conforme con las causas que extinguen la relación laboral o cualquier otro aspecto relacionado con las mismas, tiene la facultad<sup>11</sup> de acudir a la jurisdicción social. Será el juzgado competente el que determine la procedencia o no del despido, o incluso en ciertos supuestos la nulidad del mismo, como veremos más adelante.

Otro aspecto importante a tratar en este supuesto es la figura de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, regulada en Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>12</sup>. Las funciones atribuidas a este organismo aparecen recogidas en su art.3: 1) “*de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos*”; 2) *de asistencia técnica*; 3) *de arbitraje, conciliación y mediación*.

La función principal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social será vigilar y exigir el cumplimiento de la legislación social. Prueba de ello es la dedicación que el art. 3 de la Ley le hace a dicho cometido.

La Ley 42/1997, de acuerdo con el Convenio nº 81 de la OIT de 1947<sup>13</sup>, relativo a la inspección de trabajo en la industria y comercio, garantiza la autonomía de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: así los funcionarios de dicho Sistema de Inspección dependerán de la Administración General de Estado o de la Autonomía correspondiente, en función de la materia que actúen (art. 18.2); de otro lado la función inspectora se realizará por funcionarios de nivel técnico superior y habilitación nacional, pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, con la mayor objetividad, imparcialidad e independencia técnica posible<sup>14</sup>

Desde 1984, debido a la carga de trabajo a la que se ve sometida la ITSS, aparece la figura de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social. Se trata de un cuerpo de funcionarios auxiliares de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social cuyas funciones están bastante limitadas con respecto a sus superiores, ya que carecen de competencias para vigilar y exigir el cumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales o levantar acta de infracción por infracciones graves, por ejemplo.

Finalmente, aclarar que frente a una posible sanción administrativo-laboral cabe la posibilidad de impugnación, en base a lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Están legitimados activamente los destinatarios del acto o resolución y, quienes, tengan derechos o intereses legítimos en

---

g. *El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.*

<sup>10</sup> Sobre el despido por causas objetivas véanse los artículos 49.1.1, 52 y 53 del ET.

<sup>11</sup> Derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24 CE.

<sup>12</sup> La Ley 42/1997, aplicable a este caso por la fecha de los acontecimientos, se encuentra actualmente derogada. La normativa vigente a día de hoy es Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>13</sup> Ratificado el 14 de enero de 1960 (BOE de enero de 1961).

<sup>14</sup> MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VAZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 489.

dicha revocación, independientemente de que no sean los destinatarios del acto que se pretende impugnar.

## V. VALORACIÓN JURÍDICA:

### 1. Acciones laborales que puede llevar a cabo el trabajador:

#### 1.1 Acción de despido:

La acción de despido es la facultad del trabajador de acudir a los órganos judiciales en demanda de que se hagan efectivos los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce en caso de despido acordado por el empresario. Esta acción se ejercita mediante la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Social competente, tal y como lo establece la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) en sus arts. 103 y ss.<sup>15</sup>

El trabajador posee como derecho derivado de su contrato de trabajo, ejercitar todas aquellas acciones judiciales que estime oportunas, para poder llevar a cabo la defensa de sus derechos subjetivos,<sup>16</sup> entre la que se encuentra la acción de despido.

Como hemos mencionado anteriormente, son varias las causas que pueden llevar al empresario a extinguir la relación laboral con el trabajador<sup>17</sup>, pudiendo éste en caso de desacuerdo impugnar la decisión del empresario mediante demanda por despido.

La LRJS hace referencia a toda reclamación jurisdiccional de un trabajador contra la extinción de su contrato de trabajo acordada por decisión unilateral del empresario<sup>18</sup>. Es decir, se exigen dos requisitos fundamentales para que el trabajador pueda ejercitar dicha acción: la previa existencia de un contrato de trabajo, y la extinción del mismo por decisión unilateral del empresario.

Quedarían por tanto excluidos de esta acción de despido supuestos que no reúnen ambos requisitos, como aquellas causas que según el art.50 del ET pueden dar lugar a la resolución del contrato por voluntad del trabajador, o aquellos casos en los que el trabajador ejercite dicha acción para reaccionar frente decisiones empresariales que llevan a la conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial. Se modifica la relación laboral, pero no se extingue.<sup>19</sup>

Este derecho de acción, con categoría de derecho fundamental en base al art. 24.1 CE sobre la tutela judicial efectiva, se ejercita a través de las denominadas pretensiones. Se trata de una declaración de voluntad, por parte del trabajador (en este caso) que

---

<sup>15</sup> Artículo 103.1 de la LRJS: *“El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional”*

<sup>16</sup> Art. 4.4.g) del E.T

<sup>17</sup> Ver arts. 51, 52 y 54 del ET, sobre despido colectivo, despido por causas objetivas y despido disciplinario, respectivamente.

<sup>18</sup> STS de 29 de noviembre de 1993.

<sup>19</sup> ALEGRE NUEVO, M., *La impugnación del despido*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007), pág.35.

considera lesionados sus derechos subjetivos, dirigida a un órgano jurisdiccional y solicitando del mismo una resolución estimatoria de la petición planteada.

Con el ejercicio de la pretensión impugnatoria de despido, el trabajador pide al juzgado de lo social correspondiente que revoque la decisión unilateral del empresario de extinguir la relación laboral o que de forma subsidiaria se le indemnice<sup>20</sup>. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE se obtiene a través de un proceso judicial, cuya iniciación tiene lugar con el ejercicio de una pretensión por parte del trabajador.

Por tanto, Don Francisco González Martínez, trabajador de Construnova S.A hasta la fecha de despido, puede impugnar mediante interposición de demanda la decisión de despido llevada a cabo por Don Fernando Pérez Hernández, Jefe y dueño de la S.A.

La demanda por despido debe presentarse ante el Juzgado de lo Social competente, en base a lo establecido en el art. 2 a) de la LRJS: *“Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: a) Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo”*<sup>21</sup>.

En este caso la competencia territorial corresponde a los Juzgados de lo Social de A Coruña. El art. 2.1 de la LRJS dispone *“...Si los servicios se prestaran en lugares de distintas circunscripciones territoriales, el trabajador podrá elegir entre aquél de ellos en que tenga su domicilio, el del contrato, si hallándose en él el demandado pudiera ser citado, o el del domicilio del demandado”*.

El contrato fue firmado por D. Francisco el día seis de diciembre de 2013 en las oficinas situadas en la sede principal de la empresa, en la ciudad de A Coruña, por ello son competentes los juzgados de esta ciudad.<sup>22</sup>

En la demanda, dirigida contra Construnova S.A (cuyo propietario es D. Fernando Pérez Hernández) D. Francisco solicitará del Juzgado que dicte sentencia estimatoria, declarando nulo el despido por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido

---

<sup>20</sup> ALEGRE NUEVO, M., *La impugnación del despido*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007), pág.35.

<sup>21</sup> Artículo 1 LRJS: *“Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias”*.

<sup>22</sup> A la hora de determinar la competencia territorial debemos tener en cuenta lo establecido en el art. 51.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“Salvo que la Ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio”*.

*“También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad”*.

en el art. 24.1 de la CE; subsidiariamente podrá reclamar la improcedencia del despido, como argumentaremos a continuación.

### **1.1.1 Nulidad del despido por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE): garantía de indemnidad:**

Según los arts. 55.5 ET y 108.2 LRJS, será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la Ley, o bien se lleve a cabo con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.<sup>23</sup> Ambos artículos hacen referencia a infracciones de los derechos y libertades del trabajador comprendidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la CE.

Al plantear la nulidad del despido no importa si su forma ha sido correcta o incorrecta; se analiza, por parte del juez, si ha existido o no violación de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador.

En el presente caso, D. Francisco el día veinticuatro de mayo de 2014 decide presentar denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con la intención de poner en conocimiento de la Administración la tensa situación laboral en la que se encontraba: trato vejatorio y amenazas por parte de su jefe, D. Fernando, que llevan al trabajador a un importante estado de depresión y problemas fisiológicos.

Una vez que D. Fernando, jefe y propietario de la S.A, tiene conocimiento de la denuncia realizada por su trabajador, D. Francisco González Martínez, decide despedirlo inmediatamente. La decisión de extinguir la relación laboral por parte del empleador es, en este caso, una represalia frente al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos; vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art.24 CE y por tanto, la garantía de indemnidad de la que goza el trabajador.

El TC ha definido la garantía de indemnidad como “*la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos*” (STC 14/1993, de 18 de enero, F.J 2)<sup>24</sup>.

En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad supone la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener judicial o extrajudicialmente la tutela de sus derechos. De este modo, cualquier actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula, por ser contraria a ese mismo derecho fundamental: tutela judicial efectiva.

En nuestra legislación nacional no existe ninguna norma que recoja de forma expresa la prohibición de represalias contra el trabajador que ejercite el derecho

---

<sup>23</sup> ALBIOL ORTUÑO, M; ALFONSO MELLADO, C.L; BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho procesal laboral*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2015), págs. 250 y 251.

<sup>24</sup> STC 14/1993, de 18 de enero (BOE nº37, de 12 de febrero).

reconocido en el art. 4.2 ET, aunque la doctrina sí la considera implícita en dicho artículo<sup>25</sup>. En cambio, en el Derecho Comunitario e internacional sí podemos encontrar referencias directas.

El Convenio nº 158 de la OIT de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador establece en su art.5.c) que no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo “*presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos*”. A nivel comunitario destacan Directivas como la 75/117/CEE y 76/207/CEE en las cuales se establece la obligación de proteger a los trabajadores frente a cualquier despido ejecutado como represalia por alguna queja del trabajador a nivel interno de la empresa o mediante el ejercicio de acciones judiciales<sup>26</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, la configuración de la garantía de indemnidad se debe principalmente a la doctrina jurisprudencial del TC.

La garantía de indemnidad actúa como un instrumento reparador y preventivo. El TC, en un primer momento, se limitó a afirmar que el despido como represalia supone una conducta vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>27</sup>; sin embargo con la STC 14/1993 va más allá de la mera declaración de nulidad del despido, estableciendo que existe una garantía de indemnidad, que significa que, quien ejercita acciones judiciales no puede sufrir por ello perjuicio alguno, lo que en el ámbito laboral implica, además de la prohibición del despido, la prohibición de toda conducta empresarial de respuesta al ejercicio de la acción judicial del trabajador: “... *el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos...*” (F.J 2).

Por tanto, para el Alto Tribunal el hecho de que un trabajador haya accedido efectivamente a los órganos jurisdiccionales, y obtenido de éstos una respuesta a sus pretensiones, no excluye la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La vulneración del art. 24.1 CE se produce no sólo cuando se impide o dificulta el acceso al proceso, sino también cuando el ejercicio de este derecho traiga como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario.

Queda claro que la garantía de indemnidad cubre “*todo acto procesal o pre procesal necesario para acceder a los tribunales de justicia*”<sup>28</sup>. Por otro lado el art. 5.c) del Convenio nº 158 OIT invita a considerar que la protección de la garantía de

---

<sup>25</sup> Art. 4.2.g) ET: “*En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: (...) g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo*”.

<sup>26</sup> ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, 1ª ed., Bomarzo (Albacete, 2005), pág. 23.

<sup>27</sup> STC 7/1993 de 18 de enero, (BOE nº37, de 12 de febrero).

<sup>28</sup> STC 55/2004, de 19 de abril F.J 2 (BOE nº120, de 18 de mayo de 2004).

indemnidad va más allá de los procesos seguidos ante la jurisdicción social en defensa de derechos laborales<sup>29</sup>.

En este sentido, en sentencias posteriores el TC, superando la exigencia de demanda judicial, incluye dentro de la garantía de indemnidad al trabajador que reclama ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; es decir da cobertura constitucional a las reclamaciones hechas ante las autoridades administrativas.

Destaca al respecto la STC 44/2006 de 13 de febrero, de 2006 (BOE nº64, de 16 de marzo de 2006). Además de superar la exigencia de demanda judicial para la aplicación de la garantía de indemnidad, también se supera la exigencia de reclamación individual, incluyendo a los trabajadores afectados por la demanda de conflicto colectivo interpuesta por un sindicato.

En la sentencia, el TC estima la demanda de amparo por entender que se ha vulnerado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE), y por tanto la garantía de indemnidad.

Los demandantes en amparo recurren contra la STSJ de Galicia, de 19 de septiembre de 2002 por entender vulnerado su derecho a la garantía de indemnidad y el art. 5.c) del Convenio nº158 OIT.

Los recurrentes venían prestando sus servicios como veterinarios en las sucesivas campañas de saneamiento ganadero desarrolladas en la provincia de Lugo por la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural – Xunta de Galicia hasta que se les comunicó su cese el 31 de diciembre de 2001. Esta comunicación tuvo lugar una vez que habían formulado denuncia ante la Inspección de Trabajo y cuando esta ya había levantado actas de liquidación e infracción, e incluso con posterioridad a haberse iniciado por aquella el procedimiento de oficio y una vez planteada la demanda de conflicto colectivo, tendente a resolución judicial del carácter laboral de su relación con la Xunta.

Los actores venían prestando sus servicios para la demandada Xunta por medio de contratos administrativos de duración anual que terminaban el 31 de diciembre de cada año, y que volvían a renovarse. Por ello el TC en el F.J 2 entiende que “... *pudiendo constituir la falta de contratación de los recurrentes, una reacción frente al ejercicio de la acción judicial en defensa de sus derechos laborales, o, una respuesta sancionadora de la postura mantenida por ese colectivo con relación a la naturaleza jurídica del vínculo contractual que les unía a la demandada, y que había dado lugar a la actuación de la inspección de trabajo (levantamiento de actas de liquidación e infracción por considerar laboral la relación de ese colectivo)*”.

En la misma línea la STSJ de Galicia nº 5214/2015<sup>30</sup>, sobre el cese en represalia empresarial por reclamación de reconocimiento de existencia de relación laboral,

---

<sup>29</sup> ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, 1ª ed., Bomarzo (Albacete, 2005).

<sup>30</sup> Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia nº5214/2015 de 18 de septiembre (AS\2015\1846).

interpuesta de forma colectiva por entidad sindical frente a organismos público. F.J 3 *“ciertamente el supuesto arquetípico que conduce a la aplicación de la garantía de indemnidad reconocida en el artículo 24 CE es una demanda judicial individual del trabajador que es sometido a represalia, y así se configuró en las primeras elaboraciones de la jurisprudencia constitucional- STC 7/1993, y 14/1993... Pero estos factores han sido objeto de expansión en la jurisprudencia constitucional. Superando la exigencia de demanda judicial, se ha incluido dentro de la garantía de indemnidad al trabajador que reclama ante la Inspección de Trabajo – STC 44/2006, de 13 de febrero (RTC 2006,44), STC 120/2006, de 24 de abril, (RTC 2006, 120), SSTC 75 y 7672006, ambas de 19 de octubre, y SSTC 98 a 112 2010, todas de 16 de noviembre-...”*

Una vez delimitado el ámbito de aplicación de la garantía de indemnidad, conviene destacar que la consecuencia inmediata de su vulneración es la nulidad de la decisión empresarial, siendo en este caso el despido del trabajador. En caso de que el Juzgado de lo Social competente estime la demanda interpuesta por D. Francisco, declarando la nulidad del despido, el trabajador deberá ser readmitido en su puesto de trabajo.<sup>31</sup>

Cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, corresponde al empresario la carga de probar que su decisión obedece a motivos razonables; se permite por tanto la modificación de la regla contenida en el art. 217.2 y 3 de la LEC de que quien alegue debe probar.<sup>32</sup>

El traslado de la carga de la prueba al empresario se justifica en la dificultad que supone para el trabajador demostrar que esa decisión empresarial no esconde causas lesivas o discriminatorias de derechos fundamentales del trabajador<sup>33</sup>

Sin embargo, para que tenga lugar el desplazamiento de la carga de la prueba, es preciso que el trabajador demandante aporte indicios racionales que generen en el juez al menos la sospecha de que efectivamente ha existido una discriminación o una lesión de un derecho fundamental. En el caso de D. Francisco, bastaría con demostrar la conexión temporal existente entre el día en que se lleva a cabo la denuncia ante ITSS (veinticuatro de mayo de 2014) y la fecha de su despido (veintisiete de mayo de 2014).

Una vez que el demandante consiga aportar esos indicios, corresponde al empresario demandado demostrar la licitud de su decisión. Es decir, corresponde a continuación a D. Fernando demostrar que el despido no es una represalia por la denuncia

---

<sup>31</sup> El despido con violación de la garantía de indemnidad debe ser declarado *“radicalmente nulo, con la consecuencia de obligada readmisión y con exclusión de la posibilidad de reemplazar ésta por una indemnización sustitutoria”* STC 140/1999, F.J 7.

<sup>32</sup> ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, 1ªed., Bomarzo (Albacete, 2005), págs. 126 y 127.

<sup>33</sup> STC 101/2000, F.J 5 (BOE nº 119, de 18 de mayo de 2000): *“garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales [considerando] la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial”*.

ante la ITSS, sino que por el contrario, responde a otras causas como por ejemplo una mala situación económica de la empresa o alguna falta por parte del trabajador.

Sobre la carga de la prueba la STSJ de Madrid nº 989/2013<sup>34</sup> F.J 3: “... cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta con que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales”. STC 44/2006 de 13 de febrero, F.J 3: “que lo recurrentes acreditaron la existencia de indicios que generaban la razonable sospecha, apariencia o presunción, a favor de la vulneración de su garantía de indemnidad, y, presente tal prueba indiciaria, correspondía a la parte demandada probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental, su decisión de cesar a los recurrentes”.

### **1.1.2 Improcedencia del despido:**

El despido puede ser calificado de improcedente en dos casos (art. 108.1 LRJS):

- a) En caso de no quedar acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación de despido.
- b) Cuando no se hubieren cumplido los requisitos de forma que para el despido establece el art. 55 del ET. Para la declaración de improcedencia, no será necesario que se incumplan todas o varias de las formalidades exigidas para despedir, sino que basta con tan sólo una de ellas.

Además, el despido improcedente se extiende a aquellos casos en que el empresario alegue una determinada causa de extinción de la relación laboral, aunque ésta no sea un incumplimiento contractual comprendido en el art. 54 del ET, cuando carezca de validez, vigencia o eficacia<sup>35</sup>.

Por tanto, con carácter subsidiario D. Francisco podrá reclamar la improcedencia del despido al no quedar claras las causas que mueven al empresario a extinguir la relación laboral.

### **1.1.3 Plazo para el ejercicio de la acción:**

---

<sup>34</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª) Sentencia nº989/2013 de 25 de noviembre (AS\2014\180)

<sup>35</sup> ALBIOL ORTUÑO, M; ALFONSO MELLADO, C.L; BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho procesal laboral*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2015), pág. 234.



El trabajador dispone del plazo de 20 días hábiles para interponer la demanda por despido, de acuerdo con los arts. 59.3 del ET y 103.1 de la LRJS; se trata además de un plazo de caducidad.

Se excluyen del cómputo los sábados, domingos y los festivos de ámbito nacional, de ámbito autonómico y de ámbito local que correspondan a la localidad donde tenga su sede el Juzgado de lo Social competente; en este caso A Coruña.

Este plazo comienza a contar a partir del día siguiente a aquél en que el trabajador recibe la carta de despido o, si no la hay, a partir del día siguiente al que se produce el cese efectivo en el trabajo; D. Francisco es despedido el veintisiete de mayo de 2014, comenzando el plazo para interponer la acción judicial el día veintiocho.

Este plazo se suspende en el momento en que se presenta la solicitud (o papeleta) de conciliación y se reanuda al día siguiente de intentada dicha conciliación o transcurridos 15 días desde su presentación sin que se haya celebrado (art. 65.1 LRJS).

## **1.2 La conciliación o mediación previas:**

Para poder interponer la demanda por despido, es decir, para ejercitar la acción de despido, es preceptivo acreditar que se ha intentado realizar una conciliación previa ante el servicio administrativo competente, según lo dispuesto en el art. 63 LRJS<sup>36</sup>. Por tanto D. Francisco antes de acudir a la vía judicial, en el plazo fijado por ley de 20 días, debe intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial con la empresa a través de este sistema ante el SMAC (Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación).

La conciliación previa se solicita mediante un escrito muy simple, conocido como papeleta de demanda de conciliación. Los hechos y peticiones alegados posteriormente en la demanda deben coincidir con los alegados en este escrito.

La presentación de la demanda de conciliación suspende el plazo de la acción de despido (20 días), art. 65.1 LRJS: *La presentación de la solicitud de conciliación o de mediación suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción. El cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos quince días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado.*

La fecha de celebración del acto de conciliación, teniendo en cuenta el art 65, debería fijarse no más tarde de 15 días hábiles en las acciones sujetas a plazo de caducidad, como es en este caso la acción de despido.

Si las partes llegan a un acuerdo en conciliación, el acto se da por “celebrado con avenencia”, y en el acta que se levante se recogerá el acuerdo alcanzado. En este caso no habrá lugar a demandar porque el pleito estará solucionado extrajudicialmente; si no llegan a acuerdo alguno, el acto de conciliación se tiene por “celebrado sin avenencia” y

---

<sup>36</sup> A fin de gestionar este trámite surge el IMAC, Instituto de Mediación Arbitraje y Conciliación. Sucesivamente las funciones de éste han sido transferidas a las CC.AA, lo que motivó que cada una de ellas organizase sus propios servicios en materia de conciliación. Finalmente el IMAC desaparece, haciéndose cargo de sus funciones en aquellas Comunidades en donde sus competencias no habían sido transferidas la Dirección General de Trabajo y, concretamente en temas de conciliación, la Subdirección General de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

el demandante es libre de plantear su demanda judicial, reanudándose el plazo de caducidad de la acción judicial.

El art. 64 de la LRJS excluye algunos litigios de la obligatoriedad de conciliación previa, entre ellos los de tutela de derechos fundamentales. Por ello en este caso al hablar de la vulneración de un derecho fundamental, garantía de indemnidad, no es obligatorio acudir a la conciliación previa.

### **1.3 Posible acumulación de acciones:**

En primer lugar es posible que D. Francisco acumule a la acción de despido la solicitud de indemnización de daños y perjuicios. El art 26.2 de la LRJS reconoce la posibilidad de reclamar en algunos juicios, entre ellos el juicio por despido, indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas; en este caso existe una vulneración del art. 24.1 de la CE y por consiguiente de la garantía de indemnidad; en todo caso no constituye acumulación de acciones y siempre es posible.

En segundo lugar, D. Francisco puede acumular a la acción de despido otra consistente en la reclamación de cantidades debidas, en relación con horas extras que el trabajador realiza en la empresa pero que nunca fueron remuneradas.

Aunque la LRJS admite como norma general la acumulación de acciones, el art 26.1, exceptúa de dicha acumulación a la acción de despido, entre otras.<sup>37</sup>

Al mismo tiempo, el apartado 3, párrafo 2º del art. 26, permite la posibilidad de acumular a la acción de despido la reclamación de las cantidades adeudadas hasta la fecha, conforme a lo estipulado en el art. 49.2 del ET<sup>38</sup>. Se observa que el precepto no distingue ni el tipo o causa que justifique el despido (verbal, tácito, disciplinario, objetivo, etc.), ni tampoco, la naturaleza o entidad de las cantidades reclamadas (salarios, conceptos extra salariales, mejoras de seguridad social, etc.).

Sin embargo, cuando la reclamación de cantidades pueda llegar a dilatar u obstaculizar el proceso por despido, el juez podrá disponer que las dos cuestiones se resuelvan en procesos separados, dada la preferencia que tiene el proceso por despido: *“...No obstante, si por la especial complejidad de los conceptos reclamados se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las*

---

<sup>37</sup> Art. 26.1 LRJS *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 y 5 de este artículo, en el apartado 1 del artículo 32 y en el artículo 33, no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvención, las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos, las de impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores y las de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.*

<sup>38</sup> Art. 49.2 ET: *“El empresario, con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o, en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas”.*

*pretensiones de despido y cantidad, para lo que dispondrá la deducción de testimonio o copia de las actuaciones y elementos de prueba que estime necesarios a fin de poder dictar sentencia sobre las pretensiones de cantidad en el nuevo proceso resultante” (art. 26.3. 2º).*

La anterior previsión sólo tiene sentido si se admite la posibilidad de acumular a la acción de despido, todas las acciones sobre reclamación de cantidades devengadas a raíz de la relación laboral y no sólo de aquellas que integran el finiquito de esa relación.

La finalidad del legislador es intentar solventar en un solo juicio de despido, no sólo la calificación de aquel, sino también las posibles deudas que pudiera tener el empresario con el trabajador, evitando que tenga que acudir a dos litigios, uno primero por despido y otro segundo ordinario por cantidad<sup>39</sup>.

La remisión que el art. 26.3 LRJS realiza al art. 49.2 ET, parece indicar que se contempla por el legislador es la de impugnación de despido y la reclamación de aquellas cantidades que el empresario refleje en la propuesta de del documento de liquidación que ha de acompañar a la carta de despido. Sin embargo, aunque el empresario no entregue la propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas o ésta no incluya alguna de las pagas extraordinarias que se hayan devengado o la compensación de vacaciones no disfrutadas o parte de los salarios devengados hasta el momento de despido, la acción para reclamar esto conceptos sí puede acumularse a la de despido.

En relación con la anterior exposición, es conveniente destacar la STSJ de Madrid<sup>40</sup>. Esta resolución desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa ISOLUX CORSAN S.A, quien entiende que la acumulación a la acción de despido, sobre reclamación de cantidades, llevada a cabo por la trabajadora es inadecuada. Previamente dicha acumulación había sido aceptada por el Juzgado de lo Social nº39 de Madrid.

El TSJ, en el F.J 1 entiende que: *“se alegan como normas infringidas el art. 26 de la LRJS (habrá que entender en su apartado 3) y el art. 3.1 del Código Civil, más no resultan aceptables los argumentos expresados por la recurrente porque el enunciado de aquella norma procesal (...) no encierra el sentido estricto que se le daría si por liquidación hubiéramos de entender exclusivamente la que se refiere a los días de salario por los días trabajados, pendientes de abono en la fecha del despido y la parte proporcional de las pagas extras reglamentarias o convencionales. Bien al contrario, liquidar es saldar, pagar o satisfacer lo que está pendiente, y por ello, si en el momento en que se produce la extinción del contrato, la empresa adeuda retribuciones aún no abonadas, su reclamación es viable junto con la de despido, y solo cuando por la especial complejidad de los conceptos reclamados se pudieran derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad (...)”.*

El TSJ entiende, al igual que el Juzgado de instancia, que la acumulación (correspondiente a paga extra de Navidad, retribución variable ejercicio 2011 y salario de

---

<sup>39</sup> ARBONÉS LAPENA, HILDA IRENE., Revista Doctrinal Aranzadi Social num.10/2013, parte *Apuntes para el debate*, ed. Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2013.

<sup>40</sup> TSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 6ª) Sentencia nº166/2014, de 3 de marzo (JUR\ 2014\109016).

julio) llevada a cabo en la demanda es apropiada: “... si no concurre el supuesto, ciertamente excepcional, que permite que permite la separada tramitación de ambas acciones y el Juzgado aborda la de cantidad por disponer de suficientes elementos probatorios para discernir sobre la procedencia o inadmisibilidad del concepto reclamado, en aras de la agilidad y economía procesal, ninguna razón hay para tal enjuiciamiento separado”.

## **2. Responsabilidades que podrían derivarse para el empresario de la situación de D. Alberto Pérez Domingo:**

### **2.1 Infracción cometida por el empresario:**

El art.1 de la Ley Sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, (texto refundido aprobado por el RDL 5/2000, en adelante LISOS), considera como infracción en el orden social “... las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social”.

A continuación, el art. 5 con mayor precisión determina que “Son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional para el empleo, de trabajo temporal y de inserción socio laboral, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente ley. Asimismo, tendrán dicha consideración las demás acciones u omisiones de los sujetos responsables en las materias que se regulan en el presente capítulo”.

En este caso, el empresario<sup>41</sup> no ha dado de alta en el oportuno régimen de Seguridad Social a uno de sus trabajadores: D. Alberto Pérez Domingo. Se trata de una conducta pasiva, consistente en “no hacer algo”, es decir, en omitir el cumplimiento de deberes impuestos por la norma<sup>42</sup>.

Concretamente esta situación supone una infracción grave en materia de Seguridad Social, tipificada en el art. 22.2 de la LISOS<sup>43</sup>, que considera como tal, “No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados”.

Según el art. 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social<sup>44</sup>, (texto refundido aprobado por el RDL 1/1994, de 20 de junio, en adelante LGSS.), estarán comprendidos

---

<sup>41</sup> El art. 2.1 de la LISOS califica al empresario, entre otros, como sujeto responsable de las posibles infracciones en el orden social.

<sup>42</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, JOSÉ JUAN., *Derecho del trabajo. Relaciones laborales en la empresa*, 1ª ed., Cinca (Madrid, 2004).

<sup>43</sup> La LISOS clasifica las infracciones en tres niveles:

- a) Leves.
- b) Graves.
- c) Muy graves.

<sup>44</sup> Derogada desde el 2/1/2016. La normativa vigente es el texto refundido aprobado por el RDL 8/2015, de 30 de octubre.

en el sistema de la Seguridad Social “... a) *Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral*”. Teniendo en cuenta el art. 97 de la LGSS éstos se integrarán dentro del Régimen General de la SS.

El alta es un acto administrativo mediante el cual la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona que inicia una actividad su condición de incluida en el campo de aplicación de un determinado Régimen de la Seguridad Social, en este caso General, en función del tipo de actividad desarrollada, con los derechos y obligaciones correspondientes. El alta es obligatoria y las altas y bajas de trabajadores expresan la situación real de los trabajadores en función de que desarrollen o no la actividad profesional que los encuadra en algún régimen del sistema.

El empresario tiene la obligación de dar de alta en la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena que contrate, antes del inicio de la prestación de servicios<sup>45</sup>. Por tanto, la infracción se comete desde el primer momento que un trabajador por cuenta ajena empieza a trabajar sin estar dado de alta, incluso aunque esté en el periodo de prueba.

Así el art. 29.1.1º del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social<sup>46</sup> dispone que “...*los empresarios estarán obligados a comunicar la iniciación o, en su caso, el cese de la prestación de servicios de los trabajadores en su empresa para que sean dados, respectivamente, de alta o de baja en el Régimen en que figuran incluidos en función de la actividad de aquella, en los términos y condiciones establecidos en este Reglamento*”.

Esta obligación debe ser llevada a cabo por el empresario antes de que el trabajador comience con el ejercicio de la actividad laboral, “... *sin que en ningún caso puedan serlo antes de los 60 días naturales anteriores al previsto para el inicio de aquella*” (art. 32.3.1º del Reglamento).

El hecho de que el trabajador no esté dado de alta en el Régimen General de la SS como trabajador por cuenta ajena, implica que no podrá beneficiarse de la acción protectora del sistema de SS, recogido en los arts. 38,114 y siguientes de la LGSS, que hacen referencia a situaciones de accidente de trabajo y otras contingencias, bajas por maternidad, prestaciones de carácter público, etc. De ahí que la LISOS califique esta infracción como grave.

---

<sup>45</sup> Art. 100.1 LGSS: “*Los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio, así como a comunicar dicho ingreso y, en su caso, el cese en la empresa de tales trabajadores para que sean dados, respectivamente, de alta y de baja en el Régimen General*”.

<sup>46</sup> Aprobado por el RD 84/1996, de 26 de enero.

## 2.2 Sanciones que se derivan de la infracción cometida por el empresario:

La LISOS, al igual que clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves, determina tres niveles para las sanciones que se pueden derivar de aquellas, conforme al art. 39.1 LISOS *“Las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios establecidos en los apartados siguientes”*.

De acuerdo con el art. 40.1e) de la LISOS, la infracción cometida por D. Fernando Pérez Hernández, de no tener al trabajador dado de alta en el Régimen General de la SS, será sancionada con la siguiente multa:

- a) En su grado mínimo de 3.126 a 6.250 euros.
- b) En su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros.
- c) En su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros.

Así *“Calificadas las infracciones, en la forma dispuesta por esta ley, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida”* (art. 39.2 LISOS). Corresponde por tanto al Inspector de Trabajo, determinar el grado de la sanción, incluyendo en el Acta de Infracción los criterios que le llevan a determinar dicho grado.

Sin perjuicio de la sanción regulada en el art. 40.1e), la LISOS contempla además sanciones accesorias para el empresario<sup>47</sup>. En este caso, D. Fernando podría perder las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, en proporción al número de trabajadores afectados, en este caso sólo uno, D. Alberto. Esta pérdida afectará a las ayudas, bonificaciones y beneficios de mayor cuantía.

El empresario no sólo perderá estas ventajas en caso de haberlas adquirido antes de cometer la infracción, sino que además, podrá ser excluido del acceso a las mismas; el plazo de exclusión será de 1 año.

Al respecto el art. 46.1 de la LISOS: *“...a)Perderán, automáticamente, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. La pérdida de estas ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo afectará a los de mayor cuantía, con preferencia sobre los*

---

<sup>47</sup> Art. 46.2 LISOS: *“Cuando la conducta del empresario dé lugar a la aplicación del tipo previsto en el artículo 22.2, con independencia del número de trabajadores afectados, se aplicarán las medidas previstas en las letras a) y b) del apartado anterior, si bien el plazo de exclusión previsto en la letra b) podrá ser de un año”*.

*que la tuvieran menor en el momento de la comisión de la infracción. Este criterio ha de constar necesariamente en el acta de infracción, de forma motivada.*

*b) Podrán ser excluidos del acceso a tales ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios por un período máximo de dos años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción”.*

### **3. Iter procedimental respecto de la actuación de la Inspección de Trabajo en ambas situaciones:**

La legislación laboral es ejecutada por la autoridad laboral<sup>48</sup>, dictando actos administrativos para la aplicación de la misma. Así, la autoridad laboral puede conceder o denegar ciertas autorizaciones o puede imponer, como ocurre en este caso, sanciones administrativas a los empresarios para frenar y castigar las infracciones cometidas por éstos de las leyes laborales; estas sanciones serán siempre a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, previa tramitación del correspondiente expediente<sup>49</sup>( arts. 53.1.c) LISOS y 14.1.e) Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el RD 928/1998, de 14 de mayo).

Al respecto, el art. 48.1 de la LISOS determina que *“el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social en el ámbito de la Administración General del Estado corresponderá al órgano competente, según lo que reglamentariamente se disponga”*.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es un organismo distinto de la autoridad laboral, ya sea estatal o autonómica; pero al mismo tiempo es un complemento necesario de aquella.

La norma fundamental sobre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es la Ley 42/1997, de 14 de noviembre ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>50</sup>, que la define como *“...un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, arbitraje, mediación y conciliación en dichas materias, que efectuará de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y con los Convenios números 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo”* (art.2).

Toda sanción impuesta por razón de una infracción laboral requiere la previa tramitación de un expediente sancionador, que a su vez se compone de una fase instructora y otra propiamente sancionadora, encomendada cada una a órganos administrativos distintos. En las actuaciones sobre imposición de sanciones que regula

---

<sup>48</sup> Administración pública ordinaria actuante en temas laborales. El término aparece en la mayor parte de la legislación hasta ahora citada como el ET, la LISOS o LRJS.

<sup>49</sup> MARTINEZ GIRON, J; ARUFE VARELA, A. y CARRIL VAZQUEZ, X.M., *Derecho del trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 487.

<sup>50</sup> Esta Ley ha sido derogada por la 23/2015 del 21 de julio. Sin embargo, en el momento en el que tienen lugar los hechos del presente supuesto, año 2014, era la normativa vigente, y por tanto, la que corresponde aplicar.

el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el RD 1398/1993<sup>51</sup> de 4 de agosto, se distinguen dos fases: una de actividades previas al procedimiento sancionador (arts. 8 a 12) y otra seguida al procedimiento sancionador como tal.

### **3.1 Primera fase, previa al procedimiento sancionador:**

Las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social constituyen el elemento esencial. Los Inspectores de Trabajo, en el ejercicio de sus funciones, tienen carácter de autoridad pública, lo que significa que podrán entrar libremente al centro de trabajo, practicar las investigaciones pertinentes en el mismo, adoptar medidas cautelares, iniciar el procedimiento sancionador e instar de oficio demandas ante la Jurisdicción social, de acuerdo con el art. 5 de la Ley 42/1997.

La actuación de la Inspección de Trabajo se desarrolla por tanto mediante visita a la oportuna empresa, para la realización de ciertas comprobaciones y sin preaviso<sup>52</sup>. Esta “visita” aquí es suscitada por la denuncia que D. Francisco presenta ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aunque cabe la posibilidad de que sea a iniciativa de dicho organismo<sup>53</sup>.

El medio por el cual el Inspector hace constar la existencia de una infracción, y que además, iniciará el procedimiento sancionador es el acta, que puede ser de varios tipos:

- a) Acta ordinaria de infracción: en ellas debe aparecer reflejada la infracción o infracciones cometidas presuntamente por el empresario, indicando concretamente el precepto o preceptos de la LISOS que se infringen y la propuesta de sanción, su graduación y cuantificación. (art. 14. 1.c) del Reglamento aprobado por el RD 928/1998).
- b) Acta de infracción con estimación de perjuicios económicos: el Inspector levantará esa acta si de la comisión de la presunta infracción se derivan perjuicios económicos para los trabajadores. Esto, supondrá que se inicie un procedimiento de oficio ante la Jurisdicción Social.
- c) Acta de advertencia: puede darse el caso de que el Inspector, una vez que constata ciertos defectos, determine las medidas a adoptar por el empresario, con el apercibimiento de que si no corrige estos defectos, procederá a levantar acta de infracción que corresponda.
- d) Acta de liquidación: aunque se sitúa fuera de la materia laboral, esta acta procede en casos de débitos a la SS y en los supuestos de falta de afiliación, alta de trabajadores, faltas o diferencias de cotización.

---

<sup>51</sup> Aunque actualmente sea legislación derogada, resulta aplicable a este supuesto práctico.

<sup>52</sup> Art. 14 Ley 42/1997.

<sup>53</sup> Generalmente no se da curso a la denuncia anónima. El art. 9.1.f) del Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el RD 928/1998 de 14 de mayo dispone “*Por denuncia de hechos presuntamente constitutivos de infracción en el orden social. El escrito de denuncia deberá contener, además de los datos de identificación personal del denunciante y su firma, los hechos presuntamente constitutivos de infracción, fecha y lugar de su acaecimiento, identificación de los presuntamente responsables y demás circunstancias relevantes. No se tramitarán las denuncias anónimas, las que se refieran a materias cuya vigilancia no corresponde a esta Inspección, las que manifiestamente carezcan de fundamento o resulten ininteligibles, ni las que coincidan con asuntos de que conozca un órgano jurisdiccional*”.



Las actas estarán dotadas de presunción legal de certeza respecto de los hechos reflejados en ellas y que han sido constatados por el Inspector de Trabajo durante su estancia en la empresa, de acuerdo con la disposición adicional cuarta, apartado segundo<sup>54</sup> *“Los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación observando los requisitos legales pertinentes tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados”*.

De acuerdo con el art. 8.1 del Reglamento aprobado por el RD 928/1998 *“Se entiende por actividad inspectora previa al procedimiento sancionador, a los efectos del presente Reglamento, el conjunto de actuaciones realizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social destinadas a comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenidas en el orden social”*.

Las infracciones se encuentran sometidas a un periodo de prescripción de tres años conforme a lo prevenido en el artículo 4.1 de la LISOS, como así se sigue igualmente del artículo 60.1 del ET<sup>55</sup>; en materia de Seguridad Social el plazo de prescripción es de cuatro años, de acuerdo con el art. 4.2 de la LISOS.

El plazo queda interrumpido por el acta de infracción debidamente notificada o requerimiento u orden de paralización emitida por la Inspección de Trabajo, así como por la iniciación del correspondiente procedimiento de oficio. Quedará igualmente interrumpido el plazo de prescripción, por la reclamación interpuesta por los sujetos afectados y en definitiva por cualquier actuación del sujeto responsable que implique el reconocimiento de los hechos constitutivos de la infracción.

Del resultado de las actuaciones de la ITSS deberá quedar constancia en el Libro de Visitas que las empresas están obligadas a tener en los centros de trabajo.

El conjunto de las actuaciones de comprobación llevadas a cabo en esta fase previa, no podrá ser superior a 9 meses, ni tampoco podrá suspenderse por más de 3 meses, de acuerdo con el art. 8.2 del Reglamento aprobado por el RD 928/1998.

### **3.2 Procedimiento administrativo sancionador:**

#### **3.2.1 Iniciación:**

El procedimiento administrativo sancionador se rige por lo dispuesto en el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de las Sanciones por Infracción del Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el RD 928/1998, de 14 de mayo. De forma supletoria se

---

<sup>54</sup> En el mismo sentido el art. 53.2 de la LISOS y el art. 15 de del Reglamento aprobado por el RD 928/1998.

<sup>55</sup> Art. 60.1 ET: *“Las infracciones cometidas por el empresario prescribirán a los tres años, salvo en materia de Seguridad Social”*.

aplicará en este procedimiento lo dispuesto en el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por RD 1398/1993, de 4 de agosto.

También deben tenerse en cuenta los arts. 51 y 52 de la LISOS y las disposiciones de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre Ordenadora de la ITSS.

Esta fase del procedimiento sancionador, comienza con la extensión del acta de infracción<sup>56</sup> por parte del Inspector; de este modo se inicia el expediente sancionador: art. 2.1 del Reglamento aprobado por el RD. 928/1998: *“Para la imposición de sanciones por infracciones administrativas en el orden social será obligatoria la previa tramitación del oportuno expediente, en la que habrán de respetarse las garantías y observarse los requisitos establecidos en el presente Reglamento”*.

Además de acuerdo con el art. 14.4 del Reglamento *“Las actas de infracción por infracciones graves que conlleven la expedición de actas o propuestas de liquidación por los mismos hechos, se formalizarán simultáneamente con las liquidaciones”*. El art. 53.3 de la LISOS dispone que *“Las actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social y las actas de infracción en dicha materia, cuando se refieran a los mismos hechos, se practicarán simultáneamente por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y se tramitarán conforme al procedimiento establecido en la correspondiente normativa”*.

En caso de que en la misma actuación inspectora se estimasen “varias presuntas infracciones”, deberá efectuarse la acumulación en un solo acta de las correspondientes a una misma materia (respetándose en todo caso la distribución de competencias entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma respectiva), a excepción de los supuestos de tramitación simultánea de actas de infracción y liquidación por los mismos hechos, de responsabilidad solidaria o subsidiaria, y de infracciones relacionadas causalmente con un accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 16 Reglamento).

La ordenación e instrucción del expediente sancionador corresponde al órgano que sea competente para su resolución, en función de la materia a que se refiera la infracción y la cuantía de la sanción propuesta por la ITSS.

Será el Jefe de la Unidad Especializada de la Inspección de Trabajo y SS quien abra el procedimiento sancionador, y en su caso, el órgano competente en las CC.AA.

### **3.2.2 Tramitación y alegaciones:**

En esta segunda fase se producen las alegaciones o descargo del sujeto presuntamente infractor<sup>57</sup>, en este caso, el empresario. Las Actas de Infracción se

---

<sup>56</sup> Art. 13 Reglamento aprobado por el RD 928/1998: *“El procedimiento sancionador se iniciará de oficio, como resultado de la actividad inspectora previa, por acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se extenderá y tramitará de acuerdo con lo establecido en este capítulo”*.

<sup>57</sup> MARTINEZ GIRON, J; ARUFE VARELA, A. y CARRIL VAZQUEZ, X.M., *Derecho del trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 512.

notificarán dentro de los 10 días hábiles siguientes a su fecha, y contra la propuesta de sanción recogida cabe, en el plazo de 15 días hábiles, formalizar escrito de descargos o alegaciones por parte del empresario<sup>58</sup>; las actas de infracción y liquidación por los mismos hechos se notificarán al sujeto responsable de forma simultánea, de acuerdo con el art. 17. 3 del Reglamento.

El empresario tendrá derecho a la vista de los documentos obrantes en el expediente, sin más restricciones que las necesarias para asegurar la confidencialidad del origen de cualquier queja (art. 12.1 Ley 42/1997). En el plazo de 8 días, antes de la resolución de la autoridad laboral, tiene lugar un trámite de audiencia al sujeto presuntamente infractor, siempre que en las diligencias se aprecien hechos distintos a los incorporados en el Acta, para que en el plazo de 3 días alegue lo procedente a la vista de la actuación del instructor del acta, de acuerdo con los apartados 3 y 4 del art. 18 del Reglamento<sup>59</sup>.

En el caso de las actas de liquidación, se podrá formular alegaciones en el plazo de 15 días por todos los sujetos afectados, pudiéndose ingresar en el mismo plazo en importe de la deuda que figure en el Acta.

Sobre la propuesta de resolución, de acuerdo con el Reglamento aprobado por el RD 1398/1993, que como he dicho anteriormente tiene carácter supletorio, debe entenderse que ha de ser motivada y debe fijar los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, además de determinar la infracción que, en su caso, constituyan y la persona o personas que resultan responsables, concretando la sanción que propone para su imposición y las medidas provisionales que se hubieran adoptado. También podrá proponer la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad y, por tanto, el archivo de las actuaciones.

En caso de no efectuar alegaciones, el acta de infracción podrá ser considerada propuesta de resolución, con los efectos previstos en los artículos 18 (Comunidades Autónomas) y 18 bis. De acuerdo con el art. 18.1 el órgano instructor competente sería el Jefe de la Unidad Especial de SS de la Inspección de Trabajo, excepto que coincida con el Jefe de la Inspección provincial, correspondiendo entonces la instrucción al funcionario de la Administración General del Estado.

---

<sup>58</sup> Art. 17.1 Reglamento aprobado por el RD 928/1998 “ *Las actas de infracción serán notificadas al presunto sujeto o sujetos responsables en el plazo de diez días hábiles contados a partir del término de la actuación inspectora, entendiéndose por ésta la de la fecha del acta, advirtiéndoles que podrán formular escrito de alegaciones en el plazo de quince días hábiles contados desde el siguiente a su notificación, acompañado de la prueba que estimen pertinente, ante el órgano instructor del expediente y que en caso de no efectuar alegaciones, el acta de infracción podrá ser considerada propuesta de resolución, con los efectos previstos en los artículos 18 y 18 bis*”.

<sup>59</sup> Art.18 Reglamento aprobado por el RD 928/1998: “...3) Si se formularan alegaciones en plazo contra el acta de infracción, el órgano instructor podrá recabar informe ampliatorio, que se emitirá en quince días, del Inspector o Subinspector que practicó el acta. El citado informe será preceptivo si en las alegaciones se invocan hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta insuficiencia del relato fáctico de la misma, o indefensión por cualquier causa. 4) Cuando de las diligencias practicadas se desprenda la invocación o concurrencia de hechos distintos a los reseñados en el acta, el órgano instructor, antes de emitir su propuesta de resolución, dará audiencia al supuesto responsable por término de ocho días con vista de lo actuado. Realizado el trámite de audiencia, el sujeto responsable podrá formular nuevas alegaciones por término de otros tres días, a cuyo término quedará visto para la propuesta de resolución”.

### 3.2.3 Resolución:

Tramitado el expediente sancionador, se procederá a la resolución del mismo por el órgano competente<sup>60</sup>. Esta fase es competencia exclusiva de la autoridad laboral, que dictará la resolución motivada que proceda en el plazo de 10 días desde la terminación de la instrucción del expediente, bien confirmando, modificando o incluso, dejando sin efectos la propuesta del acta; así, el art. 20.1 del Reglamento dispone que *“El órgano competente para resolver, previas las diligencias que estime necesarias, dictará la resolución motivada que proceda en el plazo de diez días desde el momento en que finalizó la tramitación del expediente, bien confirmando, modificando o dejando sin efecto la propuesta del acta. Si se dejase sin efecto el acta se ordenará el archivo del expediente y, en su caso, el levantamiento de las medidas de carácter provisional adoptadas a que se refiere el artículo 14.2 de este Reglamento”*.

Si no hubiera recaído resolución, transcurridos 6 meses desde la fecha del acta por causas no imputables al interesado, el expediente se archivará por caducidad<sup>61</sup>. Esto no impide la iniciación de otro expediente nuevo, con identidad de sujetos, hechos y fundamento, si la infracción no hubiera prescrito todavía de acuerdo con los arts. 7.5 y 20.3 del Reglamento.<sup>62</sup>

La resolución administrativa se notificará a los interesados, advirtiéndoles de los posibles recursos que caben contra ella, el órgano administrativo y judicial ante el que debe presentarse y el plazo para interponerlos, de acuerdo con el art. 21 del Reglamento aprobado por el RD 928/1998 *“ Las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores por infracciones de orden social serán notificadas a los interesados, advirtiéndoles de los recursos que correspondan contra ellas, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlas. Asimismo, se remitirá copia del acto al funcionario que hubiere promovido el expediente”*. En la misma línea, el art 54 de la LISOS *“Contra las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores se podrán interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que legalmente procedan”*.

En el caso de imposición de sanciones pecuniarias, la resolución deberá expresar también el importe a ingresar, plazo, lugar y forma del pago en período voluntario y prevención de apremio de no ingresarse (art. 21.1 Reglamento).

---

<sup>60</sup> Art 52.1.d): *“A la vista de lo actuado, por el órgano competente se dictará la resolución correspondiente”*.

<sup>61</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, JOSÉ JUAN., *Derecho del trabajo. Relaciones laborales en la empresa*, 1ª ed., Cinca (Madrid, 2004), pág.202.

<sup>62</sup> Art. 7.5: *“La caducidad declarada de un expediente administrativo sancionador o liquidatorio, no impide la iniciación de otro nuevo con identidad de sujeto, hechos y fundamentos, cuando la infracción denunciada o la deuda imputada no hayan prescrito, se realicen nuevas actuaciones inspectoras y se practique nueva acta de infracción o de liquidación”*.

Art.20.3 *“ El plazo máximo para resolver los expedientes sancionadores por infracciones de orden social será de seis meses, que serán computados desde la fecha del acta hasta la fecha en que se dicte la resolución, produciéndose en caso de superación de dicho plazo la caducidad del expediente. Cuando concurren circunstancias excepcionales, podrá acordarse la ampliación de dicho plazo máximo, en los términos previstos en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

El art. 48.1 de la LISOS<sup>63</sup> dispone que “*El ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social en el ámbito de la Administración General del Estado corresponderá al órgano competente, según lo que reglamentariamente se disponga*”. A continuación, el apartado 2 habla de esa potestad sancionadora a nivel comunitario: “*el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social, cuando corresponda a la Administración de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de ejecución de la legislación del orden social, se ejercerá por los órganos y con los límites de distribución que determine cada Comunidad Autónoma*”. En base a este artículo, el **RD 70/2008, de 27 de marzo, sobre distribución de competencias entre los órganos de la Administración autonómica gallega para la imposición de sanciones en las materias laborales, de prevención de riesgos y por obstrucción de la labor inspectora** dispone que la potestad para sancionar las infracciones en materia laboral y obstrucción a la actividad inspectora a las que se refiere la sección primera, tercera y cuarta del capítulo II del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado mediante Real decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, corresponderá (art.2.1 RD):

1. A las personas titulares de las delegaciones provinciales de la Consellería de Trabajo, hasta 12.500 euros.
2. A la persona titular de la Dirección General de Relaciones Laborales, hasta 62.500 euros.
3. A la persona titular de la Consellería de Trabajo, hasta 125.000 euros.
4. Al Consello de la Xunta de Galicia, a propuesta de la persona titular de la Consellería de Trabajo, hasta 187.515 euros.

Para la determinar el órgano competente para la imposición de las sanciones correspondientes, se tendrá en cuenta la cuantía propuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a través del acta levantada (art.3).

La competencia sancionadora, cuando pertenezca a la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas (como sucede en este caso práctico) en función de la materia afectada y del orden constitucional de distribución de competencias con atención cada caso a los pertinentes trasposos de funciones. De este modo a nivel estatal, la competencia correspondería:

1. Para multas de hasta 12.500 euros, a la autoridad competente del nivel provincial que son los Jefes de las Inspecciones de Trabajo Provinciales o a la Autoridad Central.
2. Para multas de 62.500 euros, corresponde al Director General competente.
3. Para multas de hasta 125.000 euros, se asigna al Ministro de Empleo y Seguridad Social.

---

<sup>63</sup> Al respecto el art. 4.2 del Reglamento aprobado por el RD 928/1998, dispone que “*el ejercicio de la potestad sancionadora de las infracciones del orden social, cuando corresponda a la Administración de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de ejecución de legislación laboral y de la Seguridad Social, se ejercerá por los órganos que determine cada Comunidad Autónoma, y con los límites de distribución que cada una de éstas establezca*”.

4. Para multas de hasta 187.515 euros, corresponde al Consejo de Ministros, a propuesta del de Empleo y Seguridad Social.

### **3.2.4 Actas conjuntas de infracción y liquidación:**

Según el art. 31 del Reglamento sobre procedimiento sancionador, *“procederá acta de liquidación en las deudas por cuotas originadas por Falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social”*.

La ITSS puede intervenir en este terreno si en el ejercicio de su función comprueba la existencia de deudas: puede hacer requerimientos de pago y puede levantar a tal efecto actas de liquidación o actas conjuntas de liquidación e infracción; la ITSS, acude al centro de trabajo por la denuncia que realiza D. Francisco, y una vez que comienza el ejercicio de su función inspectora se encuentra con más irregularidades de las denunciadas: entre ellas la situación de D. Alberto, que no está dado de alta en el Régimen General de la SS. Además hay unas horas extraordinarias, realizadas por D. Francisco, que no cotizan a la SS; el Inspector podrá además, absteniéndose de iniciar expediente sancionador y liquidatorio, puede requerir al empresario para su pago.

Por tanto, en este caso las actas de infracción y liquidación de cuotas que se refieren a los mismos hechos, se habrán de practicar simultáneamente por la ITSS y habrán de ajustarse a las pautas siguientes:

- a) El acta de infracción podrá remitirse en cuanto a relato de hechos al contenido del acta de liquidación y sus anexos, haciéndolo constar expresamente. [Art. 34.1.a)]
- b) Ambas actas se practicarán con la misma fecha y se notificarán simultáneamente. [Art. 34.1.b)]
- c) Se admitirán la acumulación de infracciones que se refieran a hechos con efecto liquidatorio en la correspondiente acta de liquidación. [Art. 34.1.c)].
- d) La competencia y el procedimiento aplicable a ambas será conjunto, y responderá al establecido para las actas de liquidación (procedimiento liquidatorio). Así, una vez notificadas tendrán el carácter de provisionales.

El Jefe de la Unidad especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo, previa audiencia del interesado, dictará propuesta de resolución, que será única para ambas actas, conteniendo de forma motivada los hechos probados, su calificación jurídica y la cuantía de la sanción.

La propuesta se remitirá al órgano competente de la Dirección General o de la respectiva Dirección provincial de la TGSS, que dictará resolución elevando a definitiva

la liquidación, o modificando e incluso anulando el acta practicada. Contra ella cabe recurso de alzada, ante el superior jerárquico de dicha Dirección Provincial<sup>64</sup>.

#### **4. Consecuencias que procederían de la actuación de la Inspección de Trabajo:**

##### **4.1 Situación laboral de D. Francisco:**

En su contrato de trabajo, de carácter indefinido, figuran una serie de cláusulas; entre ellas se hace referencia a su horario de 40 horas semanales.

Sin embargo, tras unos meses trabajando en la empresa, D. Francisco realiza jornadas laborales de más de 40 horas; estas horas no le son retribuidas ni tampoco cotizan en la SS. Además tampoco disfruta de los descansos que le corresponden: 12 horas entre jornadas y un descanso no inferior a 15 minutos en la jornada ordinaria.

Esta situación laboral supone una trasgresión de las normas sobre tiempo de trabajo, tipificada como infracción grave en el art. 7.5 de la LISOS: *“La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores.”*

Dentro de este tipo de infracción se integra cualquier incumplimiento de los empresarios en materia de tiempo de trabajo, que comprende no sólo las jornadas de trabajo sino los descanso, entre jornada y semanal, horas extraordinarias complementarias, permisos y vacaciones.<sup>65</sup>

De acuerdo con el art. 40.1.b) de la LISOS estas infracciones tipificadas como graves se sancionarán con multa de 626€ a 6.250€.

La STC 210/1990, de 20 de diciembre (BOE nº9, de 10 de enero de 1991) deja establecido que *“en los que atañe a la jornada de trabajo, la preeminencia de la Ley, por lo que hace a la fijación de los límites en la misma, ha sido expresamente consagrada en el art. 40.2 CE, de manera que los convenios colectivos, y no sólo los contratos de trabajo, han de respetar ineludiblemente el límite legal, en las condiciones establecidas en la propia ley”*<sup>66</sup>.

El art. 34.1 del ET dispone que la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, teniendo en cuenta que *“la duración*

---

<sup>64</sup> Arts. 34 LGSS y 34.4 del Reglamento aprobado por el RD 928/1998.

<sup>65</sup> ADMETLLA RIBALTA, J/ CALVERAS AUGÉ, R/ CID CAMPO, A/ LÓPEZ PARADA, R/ MARTÍNEZ GOCOCHEA, P/ PASCUAL LIZANA, C/ SÁNCHEZ DE LA ARENA, M.A/ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., en *Memento Práctico Inspección de Trabajo*, GOZÁLEZ MARTÍN, A., (Dir.), Francis Lefebvre (Madrid, 2006), pág. 135.

<sup>66</sup> Art. 40.2 CE: *“asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”*.

máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”. Por tanto aquí existe una duración superior a la legalmente permitida, y en consecuencia una de las infracciones tipificadas en el art. 7.5 LISOS.

Sobre los descansos, se produce una segunda infracción, ya que el art. 34.3 ET establece que “*en todo caso entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediará como mínimo doce horas.*” (Descanso diario).

A nivel semanal, los trabajadores “... *tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos*” (art. 37.1 ET). Se trata de un descanso que debe existir cada semana, y generalmente, coincidente con el domingo.<sup>67</sup> Un descanso que cada semana ha de tener lugar de forma ininterrumpida, remunerada y en general coincidente con el domingo.

Se entiende cumplido si entre el fin de la jornada anterior y el comienzo de la siguiente hay un descanso ininterrumpido de 48 horas.<sup>68</sup> De nuevo, tanto el convenio colectivo como el contrato individual del trabajador, pueden introducir otro sistema semanal de descanso, en base al art. 37.1.2º del ET.

Hay que añadir al descanso semanal los días festivos, retribuidos y sin que puedan exceder de 14 al año, de acuerdo con el art. 37.2 ET “*Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales. En cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España*”. Éstas son las fiestas inamovibles y en caso de coincidir en domingo podrán trasladarse al lunes; el resto dependerán de los ayuntamientos (corresponde fijar dos con ámbito local) y también las CC.AA, aunque éstas últimas no podrán modificar e intervenir en fiestas de ámbito nacional.

Dentro de este tipo regulado en el art. 7.5 de la LISOS, se incluye el incumplimiento de las vacaciones de D. Francisco, que podría consistir en sustituir todo o parte del período por compensación económica o establecer vacaciones anuales inferiores a los 30 días (art. 38 ET).

---

<sup>67</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero (BOE nº55, de 5 de marzo de 1985): el domingo queda establecido como día de descanso como tradición, y no por una vinculación a cuestiones religiosas: FJ 4. “...*que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues, aunque la cuestión se haya debatido y se haya destacado el origen o la motivación religiosa del descanso semanal, recayente en un período que comprenda el domingo, es inequívoco en el Estatuto de los Trabajadores, y en la precedente (Ley de Relaciones Laborales) y las más anteriores, con la excepción de la Ley de Descanso Dominical de 1940, que el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el «domingo» como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición*”.

<sup>68</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Ramón Areces (Madrid, 2011), pág. 683.



Se entiende por horas extraordinarias aquellas que se realizan sobre la jornada ordinaria, y en ningún caso podrán exceder de 80 al año (art. 35.1 y 2). El empresario a efectos de cómputo, tiene la obligación de registrar cada día el nº de horas y totalizarlas cada mes (período de retribución), entregando al trabajador copia del resumen con la hoja de salarios (art. 35.5 ET);<sup>69</sup> aquí tenemos una tercera infracción del art. 7.5.

*”...Se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización”* (art. 35.1 ET). Por tanto, en base a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual del trabajador, el empresario podrá optar entre retribuir esas horas o compensarlas con descansos retribuidos; el impago de ellas (en caso de no ser compensadas mediante descansos retribuidos) supone una infracción muy grave del art. 8.1 de la LISOS, que se refiere al impago o retrasos reiterados del salario.

La anterior infracción, de acuerdo con el art. 40.1.C) de la LISOS, llevaría aparejada una multa de entre 6.251€ y 187.515€.

Respecto a la falta de cotización de las horas extraordinarias realizadas por D. Francisco, esto supone una infracción muy grave, de acuerdo con el art. 23.1.b) de la LISOS: *“No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social, no habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, así como actuar fraudulentamente al objeto de eludir la responsabilidad solidaria, subsidiaria o mortis causa en el cumplimiento de la obligación de cotizar o en el pago de los demás recursos de la Seguridad Social”*. La infracción muy grave del artículo 23.1.b) se sancionará *“con la multa siguiente: en su grado mínimo, con multa del 100,01 al 115 % del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 115,01 al 130 %; y en su grado máximo, con multa del 130,01 al 150 %”* [art. 40.1.d)2º].

La ausencia de declaración por parte del sujeto responsable, imposibilita a la Tesorería el conocimiento de la deuda ya que no hay presentación de documentos por parte del empresario, y es precisamente ahí donde se encuentra la mayor gravedad. La infracción podría ser tipificada como grave según el art. 22.3 de la LISOS cuando exista falta de cotización habiendo presentado los documentos de cotización, siendo su sanción en su grado mínimo, con *“...multa del 50 al 65 % del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 %; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100%”*. [art.40.1.d)1º)]. En ambas la infracción se encuentra, de todos modos, en no ingresar las cuotas correspondientes que recauda la TGSS.

---

<sup>69</sup>ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Ramón Areces (Madrid, 2011), pág. 682.

Además el trabajador sufre una situación que podría ser calificada como acoso moral: su jefe lo trata de manera vejatoria, lo amenaza y hace que trabaje bajo coacción. Esta situación da lugar a una infracción laboral por parte del empresario, que aparece tipificada en el art. 8.11 de la LISOS como infracción muy grave por atentar contra la dignidad e intimidad del trabajador.<sup>70</sup>

La sanción correspondiente a dicha infracción sería una multa de 6.251€ a 187.515€, de acuerdo con el art. 40.1.c) de la LISOS. El Inspector de Trabajo, podría optar también por el requerimiento, dando un plazo al empresario para que adopte las medidas necesarias a fin de evitar o resolver las situaciones de acoso moral, y evitando al mismo tiempo el inicio del procedimiento sancionador.

De esta situación se desprende el resultado de incapacidad temporal del trabajador (baja médica). Si el inspector decide declarar las lesiones del trabajador como accidente laboral, además de la sanción citada anteriormente, tendría lugar el recargo de las prestaciones (art.123 LGSS)<sup>71</sup> con cargo exclusivo al empresario infractor. A juicio del Inspector tendría que mediar una relación causa-efecto entre la conducta infractora y la lesión psíquica producida por la misma.

En caso de que esta situación de acoso pueda ser calificada como ilícito penal<sup>72</sup>, se suspendería de forma temporal el procedimiento sancionador administrativo. Cuando el funcionario actuante considere que se encuentra ante un posible ilícito penal, debe comunicárselo al Jefe de la Inspección Provincial u órgano competente de la CC.AA (art. 5.1 Reglamento aprobado por el RD 928/1998), para que éste se lo comunique al Ministerio Fiscal, absteniéndose de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento, o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir las actuaciones. Si llegara finalmente a apreciarse la existencia de responsabilidad penal, no podrá imponerse sanción administrativa por los mismos hechos. Si, por el contrario, no se estimara la existencia de ilícito penal, la Administración continuará entonces el

---

<sup>70</sup> Art. 4.2.e) del ET, según el cual los trabajadores tienen derecho “Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”.

<sup>71</sup> Art. 123 LGSS: “1.todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. 2 La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.”

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Vigente hasta el 02 de Enero de 2016). Esta Ley es de aplicación debido a que en el momento en el que ocurren los hechos estaba vigente.

<sup>72</sup> Art. 173.1 CP “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

expediente sancionador, aunque vinculada por los hechos que los Tribunales hubieran considerado probados (art. 3.2 LISOS).

La anterior actuación se deriva del principio *non bis in idem*, que implica la imposibilidad de sancionar los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. El TC, en su Sentencia 154/1990, de 15 de octubre (BOE nº268, de 8 de noviembre de 1990) hace una doble apreciación del principio:

- a) Material: prohibición de sancionar al mismo sujeto en más de una ocasión por el mismo hecho y en base al mismo fundamento.
- b) Procesal: impide la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que haya una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento; además se declara la preferencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración en relación a la potestad y actuación sancionadora.

#### **4.2. Situación laboral de D. Alberto:**

Ante esta situación, las consecuencias que se podrían derivar de la actuación de la ITSS son las ya mencionadas en el pregunta 2 del trabajo: una multa entre 3.126 y 10.000€ y una serie de sanciones accesorias, debido a la infracción grave cometida en materia de SS y tipificada en el art. 22.2 LISOS.

Además de iniciar el procedimiento sancionador, el Inspector podría, de acuerdo con el art. 7.5 de la Ley 42/1997 promover de oficio el procedimiento para el alta del trabajador en el Régimen General de la SS.

#### **4.3. Incumplimiento de las condiciones de seguridad e higiene precisas para las obras:**

De acuerdo con el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, es obligatorio para el promotor elaborar un estudio básico de seguridad y salud (art.4.2), que además deberá ser elaborado por un técnico competente. Este estudio debe contener “...las normas de seguridad y salud aplicables a la obra. A tal efecto deberá contemplar la identificación de los riesgos laborales que puedan ser evitados, indicando las medidas técnicas necesarias para ello: relación de los riesgos laborales que no puedan eliminarse conforme a lo señalado anteriormente, especificando las medidas preventivas y protecciones técnicas tendentes a controlar y reducir dichos riesgos y valorando su eficacia, en especial cuando se propongan medidas alternativas. En su caso, tendrá en cuenta cualquier otro tipo de actividad que se lleve a cabo en la misma, y contendrá medidas específicas relativas a los trabajos incluidos en uno o varios de los apartados del anexo II” (art. 6.2).

Este RD exige también la elaboración, por parte del contratista, de un plan de seguridad y salud<sup>73</sup>, que debe ser aprobado siempre antes de comenzar la obra por el

---

<sup>73</sup> Art.7.1 “En aplicación del estudio de seguridad y salud o, en su caso, del estudio básico, cada contratista elaborará un plan de seguridad y salud en el trabajo en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el estudio o estudio básico, en función de su propio sistema de ejecución de la obra. En dicho plan se incluirán, en su caso, las propuestas de medidas alternativas de

coordinador en materia de seguridad y salud (art.8); todo ello de acuerdo con los art. 14,15 y 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL).

De conformidad con el art. 15 de la LPRL, el art. 10.1.a) de este RD dispone que la obra deberá mantenerse en un buen estado de orden y limpieza.

En base a la LPRL, los principios generales de prevención en materia de seguridad y de salud previstos en su artículo 15 deberán ser tomados en consideración por el proyectista en las fases de concepción, estudio y elaboración del proyecto (art.8.1): evitar los riesgos, evaluar aquellos que sean inevitables, combatirlos en su origen, adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual, etc.

El art. 16 de la LPRL exige al empresario la realización de una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de sus trabajadores, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad y los riesgos a los que puedan estar expuestos los trabajadores. De conformidad con este art. todo empresario debe contar con una evaluación de riesgos, referida al conjunto de la empresa; esta obligación es independiente de la obligación de elaborar un plan de seguridad y salud para cada obra<sup>74</sup>.

Si una vez efectuada la evaluación se pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario tiene que elaborar un plan de prevención a aplicar, al margen del plan de seguridad y salud en cada obra o trabajo.

El Inspector al realizar la visita al centro de trabajo, constata que las condiciones citadas anteriormente no se cumplen. En primer lugar, una de las consecuencias podría ser que el funcionario de la ITSS ordene la paralización inmediata de los trabajos o tareas, debido a que continuar con los mismos en tales condiciones puede suponer un riesgo importante para los trabajadores, art. 44.1 LPRL. A continuación dará traslado de su decisión de forma inmediata a la autoridad laboral; “...la empresa, sin perjuicio del cumplimiento inmediato de tal decisión, podrá impugnarla ante la autoridad laboral en el plazo de tres días hábiles, debiendo resolverse tal impugnación en el plazo máximo de veinticuatro horas. Tal resolución será ejecutiva, sin perjuicio de los recursos que procedan” (art.44.1.2º LPRL). Esta medida tiene carácter ejecutivo, por lo que el hecho de que el empresario recurra no implica su paralización.

A parte, el inspector puede iniciar un procedimiento sancionador, mediante acta de infracción correspondiente. Al no cumplir los requisitos mínimos del RD 1627/1997, el empresario incurre en infracción administrativa tipificada como grave en el art.12.23 y 12.24 de la LISOS.

El art. 12.23 califica de infracción, incumplir la obligación de elaborar un plan de seguridad y salud en el trabajo. Concretamente por carecer de un contenido adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades desarrolladas o del entorno

---

*prevención que el contratista proponga con la correspondiente justificación técnica, que no podrán implicar disminución de los niveles de protección previstos en el estudio o estudio básico”.*

<sup>74</sup> BENEYTO CALABUIG, D., *Las Infracciones Laborales y el Procedimiento Sancionador*, CISS (Barcelona, 2000), pág. 60.

de los puestos de trabajo.<sup>75</sup> En segundo lugar, otra conducta infractora tipificada en este artículo sería incumplir la obligación de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud en el trabajo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales; esto supone adaptar el plan a las circunstancias de la obra y llevar a cabo su ejecución práctica.

Por su parte el art. 12.24 de la LISOS hace referencia a las infracciones del promotor: *“en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, el incumplimiento de las siguientes obligaciones correspondientes al promotor:*

*a) No designar los coordinadores en materia de seguridad y salud cuando ello sea preceptivo.*

*b) Incumplir la obligación de que se elabore el estudio o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, cuando ello sea preceptivo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando tales estudios presenten deficiencias o carencias significativas y graves en relación con la seguridad y la salud en la obra.*

*c) No adoptar las medidas necesarias para garantizar, en la forma y con el alcance y contenido previstos en la normativa de prevención, que los empresarios que desarrollan actividades en la obra reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia.*

*d) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra.*

*e) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra.”*

Esta infracción será sancionada con multa de entre 2.046 a 40.985€. La falta de limpieza en el centro de trabajo, en relación al art.10.1 del RD, es considerada una infracción grave del art.12.17 de la LISOS, siempre que sea habitual o que pueda ocasionar riesgos considerables para la integridad física y salud de los trabajadores; la sanción sería igual a la anterior, de acuerdo con el art.40.2.b) LISOS; el sujeto responsable sería en todo caso el empresario (art.2.1 LISOS) o en su caso el promotor.<sup>76</sup>

Otra infracción grave sería *“Incumplir la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos, o no realizar el seguimiento de la misma, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales”* art.12.6 LISOS, en relación con el 16 de la LPRL. Su sanción podría ir desde los 2.046 a 40.985€ [art.40.2.b)].

---

<sup>75</sup>ADMETLLA RIBALTA, J/ CALVERAS AUGÉ, R/ CID CAMPO, A/ LÓPEZ PARADA, R/ MARTÍNEZ GOCOCHÉA, P/ PASCUAL LIZANA, C/ SÁNCHEZ DE LA ARENA, M.A/ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., en *Memento Práctico Inspección de Trabajo*, GOZÁLEZ MARTÍN, A., (Dir.), Francis Lefebvre (Madrid, 2006), págs. 181 y 182.

<sup>76</sup> Art. 2.1 RD 1627/1997, según el cual se entiende por promotor *“cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra”*.

De nuevo, el Inspector de trabajo puede entender que la situación en la que se encuentra constituye un ilícito penal. El procedimiento a seguir es el mismo que en el apartado 4.1 sobre paralización del procedimiento administrativo. El delito que podría tener lugar es el tipificado en el art. 316 CP contra la seguridad y salud en el según el cual *“los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”*. Se trata de un delito de riesgo y no de resultado por lo que no se exige la producción de un resultado dañoso.

## **5. Defensa del empresario frente a una eventual sanción administrativo-laboral:**

### **5.1 Alegaciones previas a la resolución del procedimiento sancionador:**

Como ya se ha mencionado anteriormente, D. Fernando puede presentar un escrito de alegaciones en un plazo de 15 días hábiles desde la notificación del acta. En este escrito se pueden formular varias pretensiones, como pueden ser, por ejemplo que se deje sin efecto y se anule el Acta pertinente.

En todo momento el empresario puede alegar por ejemplo defectos de tramitación, teniendo especial importancia aquellos sobre paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva.

Además el órgano competente para resolver el expediente será el encargado de dar audiencia al presunto responsable, siempre que tenga lugar la invocación de hechos distintos a los que se fijan en el acta correspondiente; podrá el sujeto infractor formular alegaciones nuevas en el plazo de otros 3 días<sup>77</sup>.

### **5.2. Recurso de alzada:**

Las resoluciones que no ponen fin a la vía administrativa, no tienen carácter ejecutivo mientras no haya recaído resolución del recurso ordinario que se ha interpuesto o transcurra el plazo para su interposición sin que ésta tenga lugar (art.138.3 de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Una vez que a D. Fernando se le notifique la resolución, en la misma se indicarán los recursos procedentes en su contra, el plazo y el órgano competente para conocer del asunto (art.21 Reglamento aprobado por el RD 928/1998). En este caso procede recurso

---

<sup>77</sup> Arts.18.4 RD 928/1998 y 16.3 RD 1398/1998.

de alzada contra la resolución administrativa,<sup>78</sup> que se regirá por lo dispuesto en la Ley 30/1992.

El recurso de alzada se interpone contra los actos que no ponen fin a la vía administrativa, es decir, los dictados por órganos que tienen un superior jerárquico.

Sobre este recurso, conocerá y resolverá el órgano superior del que dictó el acto recurrido,<sup>79</sup> sin perjuicio de que aunque el recurso de alzada deba ser resuelto por el órgano superior del que lo dictó, pueda interponerse también ante éste. En este caso, el órgano que dictó el acto deberá remitir, en el plazo de 10 días, el recurso al superior jerárquico que ha de resolver, acompañado en todo caso de su correspondiente informe.<sup>80</sup>

Conforme a lo expuesto anteriormente y a los artículos 114 y 115.1 de la Ley 30/1992, D. Fernando puede interponer recurso de alzada, en el plazo de un mes, a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación, ante el órgano superior competente por razón de la materia, quedando así suspendido el pago de la sanción. Se trata de un plazo de fecha a fecha<sup>81</sup>; en caso de que el último día del cómputo sea inhábil, el plazo se prorrogará al primer día hábil siguiente.

Si no se llega a interponer este recurso en el plazo indicado, la resolución administrativa será firme<sup>82</sup>, y en caso de que se presente fuera de plazo será desestimado por presentación extemporánea, y quedará así cerrada la posibilidad de acceso a la vía judicial.

De acuerdo con los plazos, conviene hacer referencia a la STS nº 1185/2016<sup>83</sup>, en donde la recurrente en casación realiza una interpretación errónea en cuanto al cómputo del plazo para interponer recurso de alzada, excediéndose en un día; así dispone en su F.J 3 “...el cómputo termina el mismo día (hábil) correspondiente del mes siguiente. En nuestro caso, notificada la resolución el 17 de enero y siendo hábil el 17 de febrero, éste

---

<sup>78</sup> Art.23.1 del Reglamento aprobado por el RD 928/1998 “Contra las resoluciones previstas en el capítulo anterior, se podrá interponer recurso de alzada en el plazo de un mes ante el órgano superior competente por razón de la materia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de este Reglamento, cuya resolución agotará la vía administrativa.

*En el ámbito de competencia de las Comunidades Autónomas corresponderá a éstas la determinación de los órganos competentes para la resolución del recurso de alzada”.*

<sup>79</sup> Art. 6 del RD 70/2008, de 27 de marzo, en relación con el art.2 sobre competencias sancionadoras: “Las resoluciones dictadas por los delegados provinciales de la Consellería de Trabajo podrán ser objeto de recurso de alzada ante la persona titular de la Dirección General de Relaciones Laborales. Las resoluciones dictadas por el/la director/a general de Relaciones Laborales podrán ser objeto de recurso de alzada ante la persona titular de la Consellería de Trabajo. Las resoluciones dictadas por el/la conselleiro/a de Trabajo agotan la vía administrativa”.

<sup>80</sup> ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo*, 4ªed., Marcial Pons (Madrid, 2014), pág.236.

<sup>81</sup> Plazo entendido de fecha a fecha, de acuerdo con el art. 48.2 de la Ley 30/1992 y el art.5 de CC “...y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes”.

<sup>82</sup> Art.15.1.3º Ley 30/1992: “Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos”.

<sup>83</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 4ª) Sentencia nº 1185/2016, de 25 de mayo (JUR\ 2016\128227).

*era precisamente el último día del plazo. La doctrina sigue siendo aplicable, decimos, porque la regla 'de fecha a fecha' subsiste como principio general del cómputo de los plazos que se cuentan por meses, a los efectos de determinar cuál sea el último día de dichos plazos”.*

*“Cuando se trata de plazos de meses (o años) el cómputo ha de hacerse según el artículo quinto del Código Civil, de fecha a fecha, para lo cual, aun cuando se inicie al día siguiente de la notificación o publicación del acto o disposición, el plazo concluye el día correlativo a tal notificación o publicación en el mes (o año) de que se trate. El sistema unificado y general de cálculos así establecido resulta el más apropiado para garantizar el principio de seguridad jurídica”.*

*En definitiva, constituye doctrina jurisprudencial unánime que si los plazos están fijados por meses se computarán de fecha a fecha, quedando circunscritas las excepciones a los supuestos en los que en el mes del vencimiento no exista día equivalente al inicial (en cuyo caso es aplicable lo dispuesto por los artículos 5.1 del Código civil (LEG 1889, 27) y 48.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) o en los que el último día del cómputo sea inhábil (en cuyo caso se ha de entender prorrogado al primer día hábil siguiente, como establece el artículo 48.3 de la mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre).*

El plazo del que dispone la Administración para resolver es de 3 meses desde la interposición del recurso. Una vez transcurridos sin resolución al respecto, se entenderá desestimado el recurso por silencio negativo, en atención al art.43.1.2º de la Ley 30/1992 *“Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones.*

La resolución del recurso de alzada, ya sea expresa o por silencio administrativo, pone fin a la vía administrativa y da comienzo a la vía judicial. Por tanto, el único recurso posible a continuación es el contencioso- administrativo ante los tribunales.

En caso de que la resolución del recurso, desestime la pretensión del empresario, adjuntará la orden de pago, que tendrá carácter ejecutivo, por lo que, el empresario debe abonar el importe correspondiente. Cabe la posibilidad de que el empresario decida agotar su última vía, la judicial: en este caso podrá solicitar la suspensión de la ejecución de la sanción al Juzgado (art.111.4 Ley 30/1992).

### **5.3 Interposición de demanda ante el Juzgado de lo Social:**

En primer lugar, conviene precisar que, para interponer demanda resulta imprescindible haber agotado la vía administrativa previa en la forma que sea exigible en cada caso, según la normativa. Es decir, es obligatorio acreditar que se ha formulado, en este caso, recurso de alzada frente a la resolución administrativa inicial.<sup>84</sup>

Será la desestimación de recurso de alzada, expresa o presunta, la que determine el agotamiento de la vía administrativa previa y la posibilidad de interponer demanda. La

---

<sup>84</sup> En el caso de los actos administrativo que exijan agotamiento de la vía administrativa.



reclamación previa interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá la caducidad, reanudándose el de caducidad al día siguiente al de la notificación de la resolución.<sup>85</sup>

Contra las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores cabe impugnación en sede jurisdiccional ( art. 54 LISOS). La competencia para su conocimiento corresponde a la **jurisdicción social** de acuerdo con la DT 4ª de la LRJS “*El orden jurisdiccional social conocerá de los procesos de impugnación de actos administrativos dictados a partir de la vigencia de esta Ley en materia laboral, sindical y de seguridad social, cuyo conocimiento se atribuye por la misma al orden jurisdiccional social*”. Del mismo modo el art.6.2.b), en relación con el art.2.n y s de la LRJS, atribuyen la competencia a estos juzgados.

Lo cierto, es que antes de la entrada en vigor de la Ley 36/2011, la competencia recaía sobre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Sobre la competencia jurisdiccional, es importante hacer referencia al TS (Sala de Conflictos de Competencia) en su Auto nº 15/2014, de 24 de septiembre<sup>86</sup>. El Tribunal, resuelve que el juzgado competente para conocer sobre la impugnación de la resolución del recurso de alzada dictada por Dirección Provincial de Valencia de la Tesorería General de la Seguridad Social, es el Juzgado de lo social. Este recurso es interpuesto por la empresa Asia China S.L, contra la resolución de 2 de octubre de 2012, dictada por la Unidad de impugnaciones de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Valencia, por la que se impuso a la empresa una sanción por importe de 6.252 € más otra accesoria por comisión de la infracción tipificada el art. 22.2 LISOS: trabajadores no dados de alta en el Régimen General de la SS.

La entidad comercial formula recurso ante el TS, sobre defecto de jurisdicción, ya que hasta este momento se entiende, tanto por el MF como por el Juzgado de los Social nº5, que la competencia pertenece a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al respecto el TS entiende que “*La resolución impugnada que pone fin a la vía administrativa ha sido dictada tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social se atribuye al orden social, por lo que corresponde acudir a las previsiones de dicha norma para determinar el orden jurisdiccional competente para el conocimiento de este asunto*” F.J 2. Determina el Tribunal que concretamente han de tenerse en cuenta los apartados n) y s) del artículo 2 de la Ley,<sup>87</sup> advirtiéndole que la excepción contenida en el art. 3.f) de la ley según el 2.s) ha de interpretarse de forma restrictiva: “.... De modo que si bien se excluye del orden

---

<sup>85</sup> ALBIOL ORTUÑO, M; ALFONSO MELLADO, C.L; BLASCO PELLICER, A y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho procesal laboral*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2015), págs. 322 y 323.

<sup>86</sup> Tribunal Supremo (Sala de Conflicto de Competencias) Auto nº15/2014, de 24 de septiembre (RJ/2014/4690).

<sup>87</sup> 2.n) “*En impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral (...) recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional.*

2.s) *En impugnación de actos de las Administraciones públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las comprendidas en el apartado o) de este artículo, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción de las especificadas en la letra f) del artículo 3.*

*jurisdiccional social los actos administrativos dictados en materia de Seguridad Social relativos a la afiliación, altas, bajas y en materia de liquidación de cuotas, por lo que respecta al ejercicio de la potestad sancionadora tan solo excluye las actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria. De modo que no quedan comprendidos en dicha excepción los supuestos, como el que nos ocupa, en el que la sanción ha sido impuesta por una infracción consistente en no haber dado de alta a un trabajador en el régimen general de la Seguridad Social cuando dicha infracción no lleva aparejada una liquidación de cuotas ni se haya suscitado controversia en torno al importe de las cuotas que se liquidan”. Por tanto, al no practicarse liquidación de cuotas a la SS, ni versar la impugnación sobre las mismas, el TS entiende que es competente la Jurisdicción Social.*

Así de acuerdo con el art.3.f) de la LRJ<sup>88</sup> será competente la jurisdicción Contencioso- Administrativa para conocer de la impugnación “...en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas”.

La demanda de impugnación, deberá presentarse en el plazo de 2 meses a contar, bien desde la notificación de la resolución del recurso de alzada, o bien desde que hayan transcurrido 3 meses sin notificar la resolución (art.69 LRJS). De conformidad con los arts. 72 y 80.1 de la LRJS, en la demanda deberán alegarse los mismos hechos y argumentos alegados en el recurso de alzada, pudiendo solicitarse cuantos medios de prueba convengan.

De acuerdo con el art. 151.3 de la LRJS es necesario identificar la resolución objeto de la impugnación, así como la entidad contra la que se dirige la demanda. Una vez admitida se reclamará a la entidad la remisión del expediente original o copia del mismo (art.143), dicha remisión es esencial para la continuidad del procedimiento; así el art. 158.8 reafirma la presunción de certeza de las actas de los Inspectores y Subinspectores “*Los hechos constatados por los inspectores de Trabajo y Seguridad Social o por los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados. El mismo valor probatorio tendrán los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes*”.

La sentencia, de acuerdo con el art. 151.9 de la LRJS, efectuará los pronunciamientos que correspondan, en base a las pretensiones oportunamente formuladas: estimar total o parcialmente la demanda, o desestimarla; en caso de que el fallo sea favorable, el empresario tendrá derecho a la devolución de lo abonado, con devengo de los intereses desde la fecha de pago. El art. 152 de la LRJS dispone que el

---

<sup>88</sup> Art.3.f) no conocerán los órganos jurisdiccionales de los social “*De las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria, incluidas las resoluciones dictadas en esta materia por su respectiva entidad gestora, en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social y, en general, los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social; así como de los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas en materias que no se encuentren comprendidas en las letras o) y s) del artículo 2*”.

empresario podrá solicitar, en cualquier estado del proceso, la suspensión de la resolución administrativa recurrida, mediante solicitud de parte, que puede ser formulada junto con la demanda o con posterioridad a su presentación y admisión.

En última instancia podría recurso de suplicación, de acuerdo con los arts. 190, 191 y 192.4 de la LRJS.

## **VI. CONCLUSIONES FINALES:**

**Primera:** D. Francisco interpondrá demanda por despido ante el Juzgado de lo Social competente en A Coruña, solicitando la nulidad del mismo, ya que no pueden adoptarse, por parte del empresario, medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener judicial o extrajudicialmente la tutela de sus derechos (garantía de indemnidad); de forma subsidiaria podrá solicitar del juez la declaración de improcedencia, en caso de que éste no considere la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no sólo se produce cuando se obstaculiza el acceso a los tribunales, sino también, cuando del ejercicio de éste derecho se deriven consecuencias negativas. Junto a la acción de despido podrá reclamar el trabajador las cantidades debidas.

**Segunda:** no estar dado de alta en el Régimen correspondiente de la SS, supone una infracción grave tipificada en el art.22.2 de la LISOS. La consecuencia principal será una sanción económica, que podrá ir desde los 3.126 € a los 10.000 €; además como sanción accesoria podría perder las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo.

**Tercera:** el procedimiento sancionador, de acuerdo con el RD 928/1998, se divide en 3 fases: iniciación, tramitación y alegaciones y finalmente la resolución. Las infracciones sobre la misma materia pueden acumularse en la misma acta; existe un procedimiento sancionador por la no remuneración de las horas extras, incumplimiento de descansos y situación de acoso laboral (situación de D. Francisco), que es iniciado por denuncia ante la ITSS.

A las actas de infracción y de liquidación concurrentes por los mismos hechos se les aplicará el procedimiento de las de liquidación. Esto sucede con la infracción del trabajador no dado de alta en la SS, D. Alberto, y las horas extraordinarias de D. Francisco que no cotizan.

**Cuarta:** ante las infracciones cometidas por D. Fernando, el Inspector de Trabajo levantará la correspondiente Acta de Infracción, en la que se especificará la sanción que corresponde a cada una de ellas y el art. de la LISOS en que aparecen reguladas. Sobre el incumplimiento de las condiciones mínimas de seguridad e higiene el inspector podría decretar que se paralicen las tareas de forma inmediata, sin perjuicio de que D. Fernando recurra esta decisión.

Respecto a D. Alberto, que no está dado de alta en la SS, además de iniciar el procedimiento sancionador, el Inspector podría, de acuerdo con el art. 7.5 de la Ley 42/1997 promover de oficio el procedimiento para el alta del trabajador en el Régimen General de la SS.

**Quinta:** primero el empresario interpondrá recurso de alzada contra la resolución administrativa ante el órgano superior del que dictó el acto recurrido. En caso de que el recurso sea desestimado, acudirá a la vía judicial, interponiendo demanda ante el Juzgado de lo Social competente; en el caso de impugnación actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas, la competencia recae sobre el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo.

## VII. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES:

### 1. Bibliografía:

ADMETLLA RIBALTA, J/ CALVERAS AUGÉ, R/ CID CAMPO, A/ LÓPEZ PARADA, R/ MARTÍNEZ GOCOCHEA, P/ PASCUAL LIZANA, C/ SÁNCHEZ DE LA ARENA, M.A/ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., en *Memento Práctico Inspección de Trabajo*, GOZÁLEZ MARTÍN, A., (Dir.), Francis Lefebvre (Madrid, 2006).

ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo Tomo II. Contrato Individual*, 5ª ed., Tirant lo Blanch (Valencia, 2003).

ALBIOL ORTUÑO, M; ALFONSO MELLADO, C.L; BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho procesal laboral*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2015).

ALEGRE NUEVO, M., *La impugnación del despido*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2007).

ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, 1ª ed., Bomarzo (Albacete, 2005).

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Ramón Areces (Madrid, 2011).

ARBONÉS LAPENA, HILDA IRENE., *Revista Doctrinal Aranzadi Social num.10/2013*, parte *Apuntes para el debate*, ed. Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2013.

BENEYTO CALABUIG, D., *Las Infracciones Laborales y el Procedimiento Sancionador*, CISS (Barcelona, 2000).

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, JOSÉ JUAN., *Derecho del trabajo. Relaciones laborales en la empresa*, 1ª ed., Cinca (Madrid, 2004).

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VAZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006).

### 2. Fuentes Normativas:

Constitución Española, 1978.

Convenio nº 81 de la OIT, relativo a la inspección de trabajo en la industria y comercio, de 1947.

Convenio nº 158 de la OIT, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, de 1982.

Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

Real Decreto 70/2008, de 27 de marzo, sobre distribución de competencias entre los órganos de la Administración autonómica gallega para la imposición de sanciones en las materias laborales, de prevención de riesgos y por obstrucción de la labor inspectora.

### **3. Fuentes Jurisprudenciales:**

Sentencia Tribunal Constitucional nº 19/1985, de 13 de febrero de 1985 (BOE nº55, de 5 de marzo de 1985):

Sentencia Tribunal Constitucional nº154/1990, de 15 de octubre de 1990 (BOE nº268, de 8 de noviembre de 1990).

Sentencia Tribunal Constitucional nº 210/1990, de 20 de diciembre de 1990 (BOE nº9, de 10 de enero de 1991).

Sentencia Tribunal Constitucional nº 7/1993 de, 18 de enero de 1993 (BOE nº37, de 12 de febrero de 1993).

Sentencia Tribunal Constitucional nº14/1993, de 18 de enero de 1993 (BOE nº37, de 12 de febrero de 1993).

Sentencia Tribunal Constitucional nº 101/2000, de 10 de abril de 2000 (BOE nº 119, de 18 de mayo de 2000).

Sentencia Tribunal Constitucional nº 55/2004, de 19 de abril de 2004 (BOE nº120, de 18 de mayo de 2004).

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 44/2006, de 13 de febrero de 2006 (BOE nº64, de 16 de marzo de 2006).

Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencias) Auto nº15/2014, de 24 de septiembre (RJ\2014\4690).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 4ª) Sentencia nº 1185/2016, de 25 de mayo (JUR\ 2016\128227).

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª) Sentencia nº989/2013 de 25 de noviembre (AS\2014\180)

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 6ª) Sentencia nº166/2014 de 3 de marzo (JUR\ 2014\109016).

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia nº5214/2015 de 18 de septiembre (AS\2015\1846).

